درر الحكام
شرح مجلة الأحكام

تأليف

علي حيدر

الرئيس الأول لمحكمة التمييز

وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية

ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة

تعريب

المحامي فهمي الحسيني

المجلد الثالث

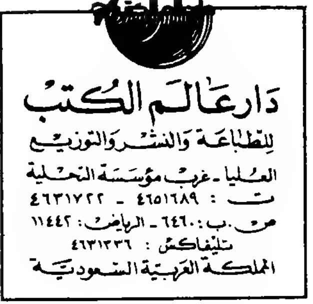
الشركات

الوكالة

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

طبعة خاصة
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م



طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة منه

دار الجيل
بيروت

دُرَرُ الحُكّام

شرح مجلة الأحكام



الكتابُ العَاشر
الشركَات

الحمدلله. أشهد أن لا إلّه إلا الله وحده، وأشهد أنه لا شريك له، والصلاة والسلام على محمد عبده ونبيه، وعلى آله وصحبه بعده.

الكتاب العاشر

في أنواع الشركات، ويشتمل على مقدّمة وثمانية أبواب

قد جمع في المجلة بعض المسائل الفقهية المبينة في الكتب الفقهية تحت عنوان (كتاب الشركة) و(كتاب القسمة) و(كتاب المضاربة) و(كتاب المزارعة) و(كتاب المساقاة) و(كتاب احياء الموات) و(كتاب الصيد) و(كتاب الحيطان) في كتاب الشركة.

ومشروعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنّة والمعقول.

الكتاب، قد ورد في الآية الكريمة: **﴿فَهُمْ شركاءُ في الثلث﴾** وهذه الآية خاصة بشركة العين

السنّة، هي فعل الرسول وقوله إذ أن السنة عبارة عن ثلاثة أمور صادرة من النبي الكريم ﷺ، أولها، قوله ويطلق عليه الحديث، ثانيها، فعله، ثالثها، تقريره. (التوضيح)

أما فعل الرسول فهو قوله: «إن سائباً كان شريكي وقت الجاهلية» ويطلق وقت الجاهلية على الوقت الذي قبل البعثة النبوية والقريب منها. وقد قيل عن ذلك الزمن «زمن الجاهلية» لاستيلاء الجهل على أهله. يعني أن النبي ﷺ قد باشر الشركة بنفسه.

أما قول الرسول فهو ما ورد في الحديث القدسي «قال الله تعالى: «إذا لم يخن أحد الشريكين الآخر فأنا شريكهما الثالث، وإذا خان أحدهما الآخر فإنني أخرج من شركتهما» وهذه السنن دليل على مشروعية شركة العقد.

المعقول، أن الشركة طريق لابتغاء الفضل، وهو مشروع لقوله تعالى **﴿وابتغوا من فضله﴾** (الطحطاوي) إذ أنه يوجد لبعض الناس رأس مال لكن يجهل طريق التجارة كما أنه لا يوجد للبعض منهم رأس مال لكنه يعلم أصول التجارة فإذا عقد كلاهما شركة بينهما فيستفيد أحدهما من علمه وسعيه والآخر من رأس ماله.

المقدمة

(في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية)

يفهم من تعبير «بعض» أنه سوف لا تذكر هنا عموم الإصطلاحات الفقهية. بل سيذكر بعض الاصطلاحات الفقهية التي يُرى لزوم لبيانها والمتعلقة بالشركة.

﴿المادة ١٠٤٥﴾ - (الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم بذلك الشيء. لكن تستعمل أيضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص. فلذلك تقسم الشركة بصورة مطلقة إلى قسمين. أحدهما: شركة الملك، وتحصل بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والإتهاب والثاني: شركة العقد، وتحصل بالإيجاب والقبول بين الشركاء. وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص، ويوجد سوى هذين القسمين شركة الإباحة، وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كالماء)

توجد ثلاث لغات في الشركة، أولها: اللغة المشهورة بكسر الشين وسكون الراء، ثانيها: بفتح الشين وكسر الراء، ثالثها: بفتح الشين وسكون الراء. ومعناها اللغوي خلط النصيبين بصورة لا يتميز أحدهما عن الآخر (البحر) وعلى ذلك فتكون الشركة من فعل الإنسان لأن الخلط من فعله. أما الاختلاط فهو صفة المال ويثبت بالخلط الذي هو فعل الإنسان (البحر).

ولكن معنى ذلك أن أهل اللغة لا يطلقون على الشركة التي تحصل بالاختلاط شركة كما سيذكر آتياً، لأن الاختلاط صفة المال وهذه الصفة أي الاختلاط إنما تثبت بفعل الخالطين (رد المحتار).

ويقال للمال «مشترك فيه» و«مشترك» أي تعليق الاشتراك والخلط فيه، ونحو قولهم: مال مشترك أي مشترك فيه ويسمى هذا حذفاً وإيصالاً، اظهار بتقديم وتأخير فإن المشترك اسم مفعول من اشترك وبناؤه للمطاوعة يقال اشركت زيداً في هذا المال فاشترك أي قبل زيد الشركة فحينئذ يكون نائب فاعله هو الشريك، ولما أسند هذا إلى الضمير الراجع إلى المال، والمال ليس بمشترك بل مشترك فيه علم منه أن فيه حذفاً وهو في الضمير المجرور وراجع إلى المال والمجرور مرفوع محلاً على أنه نائب فاعل المشترك فحذف الجار منه سماعاً.

والشركة في الأصل أي قبل استعمالها في المعنى الوارد في الفقرة الآتية هي اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم بذلك الشيء ويدعى أولئك الناس بصيغة اسم الفاعل فيقال مشتركون ومشاركون.

مثلاً إذا اشترك اثنان في فرس فتختص هذه الفرس بذينك الشخصين ويمتازان بها بسبب أن تلك الفرس لا تكون لغير ذينك الشخصين ولا يمتاز غيرهما بها ويكون ذلك شركة وتكون الفرس مشتركة أو مشتركاً فيها ويدعى كل واحد منهما مشتركاً ومشاركاً، وبذلك تكون الشركة حسب هذه الفقرة صفة أصحاب ذلك الشيء (عبد الحليم بزيادة).

ولكن تستعمل الشركة أيضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص (البحر) حتى لو لم يحصل اختلاط النصيبين.

مثلاً لو وضع كل شريك من الشريكين مائة دينار رأس مال للشركة وعقدا شركة تجارية بينهما فقد حصلت ولو لم يخلطا رأسي مالهما يعني أن الشركة تطلق مجازاً على نفس العقد من قبيل اطلاق اسم المسبب على السبب لأنها سبب الخلط (الطحطاوي).

وإطلاق ذلك مجازاً على الشركة هو باعتبار اللغة إلا أن استعمال الشركة بمعنى نفس العقد قد أصبح حقيقة عرفية مؤخراً حيث قد اصطلح الفقهاء على ذلك (الدرر ورد المحتار والكفاية) وعليه فإذا كانت الشركة مستعملة بمعنى عقد الشركة فإذا قيل شركة العقد فالإضافة في ذلك بيانية أي بمعنى الشركة هي العقد (مجمع الأنهر والبحر).

وعلى هذا المعنى تكون الشركة عبارة عن فعل الإنسان وبذلك يكون قد اتحد معنى الشركة لغة واصطلاحاً في جهة أنها فعل الإنسان.

فلذلك أي لأن لفظ الشركة مستعمل بمعنى الاختصاص والامتياز مع عقد الشركة فالشركة بصورة مطلقة أي بالمعنى الشامل للفقرة الأولى والثانية تقسم إلى قسمين، يعني أن الشركة التي قسمت إلى قسمين على الوجه الآتي شركة من حيث هي أي ان اطلاق لفظ شركة عليها باعتبار مفهومها الصحيح والمعنى الذي يطلق عليه لفظ الشركة عام لأنه يصدق على شركة الملك وشركة العقد وليست الشركة التي تقسم إلى قسمين هي الشركة التي هي بمعنى شركة العقد وإلا لو كانت الشركة التي ستقسم إلى الأقسام الآتية هي شركة بمعنى شركة العقد فيكون معنى ذلك تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره (رد المحتار بإيضاح).

الأول: شركة الملك يعني شركة الاختصاص فالإضافة بمعنى الباء وتحصل بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والإتهاب والاستيلاء أي احراز المال المباح وبقبول وقبض الصدقة وبالإرث والوصية وباختلاط المال وهو اختلاط المالين بصور يتعذر أو يتعسر تمييز بعضها عن بعض بدون أن يكون مدخل في ذلك للمالكين وبخلط الأموال أي بأحد الأسباب الجبرية والاختيارية كما سيفصل ذلك في المادة (١٠٦٠) وما يتلوها من المواد. وتسمية هذه الشركة بشركة الملك هي لحصولها في الأكثر بأحد أسباب

الملك (الطحطاوي). ويطلق على الشركة التي لا تحصل بأحد أسباب الملك كالشركة التي تحصل في خلط واختلاط الأموال شركة ملك أيضاً.

فلذلك لو اشترى اثنان مالاً فيكون ذلك المال مشتركاً بينهما بشركة اختيارية. أما إذا ورث الإثنان مالاً فيكون المال المذكور مشتركاً بينهما بشركة جبرية. كذلك لو باع شخص نصف الدار التي يملكها مستقلاً لآخر شائعاً فتصبح تلك الدار مشتركة بينهما شركة ملك اختيارية.

الأحكام التي تثبت بلفظ التشريك:

إذا اشترى أحد فرساً فقال له آخر بعد تمام الشراء اشركني في هذه الفرس فقال له: أشركتك، فإذا حصل ذلك بعد القبض صح وإذا حصل قبل القبض فلا يصح. أنظر المادة (٢٥٣) وإذا صح البيع يجب على ذلك الرجل دفع نصف الثمن وإذا كان ذلك الشخص يجهل مقدار الثمن فهو مخير لحين علمه بالثمن (البحر). وخيار النظير هذا قد بين في شرح المادة (٢٣٨) وسمي هذا الخيار «خيار تكشف الحال» وبما أن هذه المعاملة هي عبارة عن عقد بيع فيثبت فيها جميع أحكام البيع كخيار الرؤية والعيب

فعلى ذلك لو قال أحد لآخر كما هو مذكور آنفاً: أشركني في هذه الفرس فأجابه الآخر بقوله أشركتك، فقال له شخص ثالث أشركني في هذه الفرس، فأجابه قائلاً: أشركتك، ينظر: فإذا كان الشخص الأخير عالماً بشركة الشريك الآخر فيأخذ ربع الفرس لأنه في هذه الصورة يكون الطالب الثاني قد طلب الاشتراك في حصة المشتري الأول، وبما أن حصته هي النصف فيصيب الطالب الثاني الربع من الفرس وإلا يأخذ النصف وتخرج جميع الفرس من ملك المشتري الأول (الدر المنتقى قبيل الوقف) لأنه إذا لم يكن الطالب الثاني واقفاً على مشاركة الطالب الأول فيكون طالباً شراء النصف وبقبول المشتري طلبه تخرج جميع الفرس من ملكه. ولو كانت بين رجلين فرس فقال أحدهما لثالث: أشركتك في هذه الفرس ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين (البحر بتغيير) وإن أشرك فيما اشتراه اثنين كان بينهما أثلاثاً. قال أشركت فلاناً في نصف هذه الفرس فله الربع قياساً والنصف استحساناً، ولو اشتريا فرساً فأشركا فيه آخر فإن أشركاه على التعاقب فله النصف وإن أشركاه معاً فله الثلث استحساناً، لأن الاشتراك يقتضي المساواة وإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه فله النصف وللشريكين النصف (البحر بتغيير ما».

وحصول أسباب التملك يكون على نوعين، حيث قد ذكرت أسباب التملك هنا بصورة مطلقة فتشمل الصورتين الآتيي الذكر سواء حصل الملك دفعة واحدة كشراء اثنين مالاً بعقد واحد أو كإيراث شخصين مالاً عن مورث واحد أو متعاقباً كشراء أحد مالاً ثم اشراك آخر فيه (رد المحتار) كما ذكر آنفاً

تعريف شركة الملك وركنها وشروطها وحكمها:

تعريفها، قد عرّفت شركة الملك هنا كما أنها عرفت في المادة (١٠٦٠)

إن اسباب التملك ثلاثة كما هو مبين في المادة (١٢٤٨) إلا أنه كما بين في المادة (١٠٦٠) أن شركة الملك ليست مخصوصة بالشركة التي تحصل بأحد أسباب التملك، إذ أن شركة الملك تحصل بخلط

واختلاط الأموال اللذين لا يعدان من أسباب التملك، مثلاً لو اختلطت الحنطة الحاصلة في مزرعة أحد بالحنطة التي في مزرعة آخر أو خلطاها فتحصل بينهما شركة ملك مع أن خلط واختلاط الأموال غير معدودين من أسباب الملك، وعلى هذه الصورة يكون هذا التعريف لشركة الملك تعريفاً بالأخص، فلو قيل في التعريف «إنها تحصل بأحد الأسباب كالاشتراء والإتهاب وخلط واختلاط الأموال» لكان موافقاً للسباق والسياق، ولكان التعريف جامعاً لأفراده.

ركنها، هو عبارة عن خلط واختلاط الأموال حتى يتعذر أو يتعسر تمييز وتفريق الحصص عن بعضها (الطحطاوي).

شرطها، أن يكون المعقود عليه قابلاً للشركة، فلذلك لو أشرك متولي الوقف شخصاً في منافع وقف موقوف على جهة معنية، فلا يصح (الطحطاوي). أنظر شرح المادة (١٠٦٧)

حكمها، هو الاشتراك في المال المخلوط أو المختلط وكون كل شريك أجنبياً في التصرف المضر بحصة الآخر، يعني أنه ليس لأحد الشريكين أن يتصرف في حصة الآخر بلا إذن. وعدم جواز ذلك هو كما بين في المادة (١٠٧٥). (الشبلي والبحر والطحطاوي).

الثاني ـ شركة العقد، وتحصل بالإيجاب والقبول بين الشركاء يعني أن ركن شركة العقد عبارة عن الإيجاب والقبول (التنوير) والإيجاب والقبول هما مختصان بالقول كما بين ذلك في شرح البيوع. وهل تعقد الشركة بالتعاطي؟

وتأتي تفصيلات القسمين في بابها المخصوص، فتفصيلات شركة الملك ستأتي في الباب الأول الذي يبتدئ من المادة (١٠٦٠) وشركة العقد ستأتي في الباب الثالث الذي يبتدئ من المادة (١٣٢٩).

وحكم شركة العقد هو عبارة عن كون المعقود عليه أي رأس مال الشركة أو كون الربح الحاصل من المعقود عليه مشتركاً بين الشركاء (البحر والطحطاوي).

فلذلك لو اشترك اثنان ووضع كل منهما مائة دينار رأس مال للشركة وعقدا الشركة فالمخلوط يكون مشتركاً بعد خلطه، كما أنهما لو ربحا من البيع والشراء عشرين دينارا فيكون الربح المذكور مشتركاً بينهما.

شركة الإباحة ـ ويوجد سوى هذين القسمين شركة الأباحة وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كالماء والكلا والأشجار النابتة في الجبال المباحة، فمياه الأنهار مثلاً يشترك فيها عموم بني الإنسان ولكل انسان أن يأخذ منها الماء بإناء ويتملكه كما أن لجميع الناس أن يسقوا مزارعهم من مياه الأنهار العامة كنهري دجلة والفرات وأن يفتحوا جداول ومجاري إلى مزارعهم، وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الرابع الذي يبتدئ من المادة (١٢٣٤).

الفرق ـ والفرق بين شركة الملك وشركة العقد وبين شركة الإباحة ظاهر وهو أن ما به الاشتراك في شركة الملك والعقد هو الأعيان والأموال، وأما ما به الاشتراك في شركة الأباحة فهو صلاحية الإحراز والتملك.

﴿المادة ١٠٤٦﴾ ـ (القسمة بمعنى التقسيم. وتعريفها وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص).

والقسمة بمعنى التقسيم وبمعنى التفريق والتقسيم أيضاً بمعنى التفريق كما هو مذكور في كتب اللغة فتعريف المجلة القسمة بالتقسيم هو عبارة عن بيان لغة بمرادفها. وهذا المعنى الذي بين للقسمة هو على أنها مصدر لفعل قسم القسام المال بين الشركاء. إلا أن القسمة تكون أيضاً اسماً من الاقتسام (القهستاني) وتعريف القسمة وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص أي في الباب الثاني الذي يبتدئ من المادة (١١١٤).

﴿المادة ١٠٤٧﴾ ـ (الحائط عبارة عن الجدار والطبلة والجيت وهو ما يعمل من الأغصان وجمعه حيطان)

والحائط بمعنى الجدار والحائط من الأحاطة والجدار بمعنى الارتفاع. واستعمال الحائط بمعنى الطبلة والجيت التي لا تعد من الحيطان هو اصطلاح.

﴿المادة ١٠٤٨﴾ ـ (المارة بوزن العامة وهم المارون والعابرون في الطريق العام)

المارة بتشديد الراء بوزن العامة بتشديد الميم وهم المارون والعابرون في الطريق العام. والعبور عطف تفسيري للمرور فيقال هذا عابر سبيل أي مار طريق.

﴿المادة ١٠٤٩﴾ ـ (القناة بفتح القاف مجرى الماء تحت الأرض قسطلاً أو سياقاً وجمعها قنوات)

وقد استعملت القناة في المادة (١٢٨٤) وقنوات في المادة (١٠٨٦).

﴿المادة ١٠٥٠﴾ ـ المُسَنَّاة بميم مضمومة وسين مفتوحة ونون مشدّدة، الحدّ وسد الماء وأطراف سد الماء وحافات فوهات الماء وجمعها مُسَنَّيات)

المسناة هي الحد الذي يوضع لتعيين وتفريق المكان وأطراف سد الماء وحافات فوهات الماء، وهي

مأخوذة من معنى ترفع لأن هذه تكون في الأكثر مرفوعة، وقد استعمل هذا اللفظ في المادة (١٢٧٦) بهذا المعنى وجمعها مسنيات.

﴿المادة ١٠٥١﴾ - (الإحياء بمعنى الإعمار، وهو جعل الأرض صالحة للزراعة)

والإحياء لغة هو جعل الشيء حياً أي صاحب قوة حساسة أو قوة نامية. أما معناه الشرعي فهو الإعمار وهو جعل الأراضي الموات صالحة للزراعة برفع أشواكها وتنقية أحجارها ورفعها (الهندية) ويسمى المعمر للأرض محيياً (القهستاني) وقد استعملت هذه اللغة في المادة (١٢٧٢) وكيفية إحياء الأراضي ستوضح في المادة (١٢٧٠) وما يتلوها من المواد.

﴿المادة ١٠٥٢﴾ - (التحجير وضع الأحجار وغيرها في أطراف الأراضي لأجل أن لا يضع آخر يده عليها)

ولفظ التحجير أما من الحجر بفتح الجيم، ومعناه اللغوي نصب أحجار في محل، وعلى ذلك فإطلاق التحجير على المعنى الآتي هو مبني على أن من المعتاد في الأكثر جعل الأحجار علامة للتحجير، واسم الفاعل من التحجير الذي هو لهذا المعنى متحجر أي بمعنى واضع الحجر، أو بمعنى الحجر بسكون الجيم الذي هو بمعنى المنع وعليه فإطلاق الحجر بهذا المعنى هو منع الغير من الإحياء بسبب التحجير كما سيذكر ذلك في المادة (١٢٧٩) واسم الفاعل من التحجير الذي هو بهذا المعنى متحجر بمعنى الذي يمنع (رد المحتار).

أما معنى التحجير الشرعي فهو وضع الأحجار وغيرها كالشوك وأغصان الأشجار اليابسة في أطراف الأراضي لأجل أن لا يضع آخر يده عليه، وقد ذكرت في المادتين (١٢٧٧ و ١٢٧٨) الأشياء التي يحصل بها التحجير، وقد ذكر في المادة (١٢٧٩) أنه إذا حجر الموات على هذا الوجه فليس لآخر أن يضع يده على تلك الأراضي الموات في ظرف ثلاث سنين أي أنه لا يؤذن لآخر بإحياء ذلك الموات في المدة المذكورة.

﴿المادة ١٠٥٣﴾ - (الإنفاق عبارة عن صرف الإنسان ماله)

الإنفاق عبارة عن صرف الإنسان ماله للنفقة وبمعنى اعطاء النفقة، ويقال إن فلاناً أنفق على دابته بمعنى أنه أطعمها شعيراً وتبناً.

﴿المادة ١٠٥٤﴾ - (النفقة الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في الحوائج والتعيش)

النفقة بالفتحات الثلاث جمعها نفقات، وقد استعمل لفظ النفقات في عنوان الباب الخامس.

﴿المادة ١٠٥٥﴾ - (التقبُّل هو تعهد العمل والتزامه)

التقبل بوزن التعقل ومعناه اللغوي القبول، واصطلاحاً تعهد العمل والتزامه، والعمل كصبغ الصباغ الثياب وتخييط الخياط القماش وما اشبه ذلك. وهذا المقصود من العمل، وسيأتي تفصيله في المادة (١٣٢٢).

﴿المادة ١٠٥٦﴾ - (المفاوضان عاقدا شركة المفاوضة)

وقد عرّفت شركة المفاوضة في المادة (١٣٣١) وقد سميا في الكتب الفقهية المتفاوضين أيضاً وقد ذكر في شركة العقد أن الشركة المذكورة كما أنها تعقد بين شخصين تعقد بين ثلاثة أو أكثر ويستفاد هذا أيضاً من عبارة «اختصاص ما فوق الواحد بشيء» الوارد ذكرها في المادة (١٠٤٥) فعلى ذلك يمكن أن يقال: إن قراءة لفظ المفاوضين بصيغة التثنية هو بيان لأدنى مراتب الشركاء وقراءتها بصيغة الجمع هو أن القصد من الجمع ما فوق الواحد وبذلك يحصل بيان جميع مراتب الشركاء ومع ذلك فلفظ المفاوضين لم يرد ذكره في المجلة بهذه الصيغة في غير هذا الموضع، بل استعمل لفظ المفاوضين وكان الأَوْلى عدم ذكر التثنية هنا.

﴿المادة ١٠٥٧﴾ - (رأس المال)

مثلاً إذا تشارك اثنان على أن المال الذي يضعانه في الشركة عشرون ديناراً فتكون هذه الدنانير رأس مال. كذلك المال الذي يضعه أحد الشركاء في شركة المضاربة يسمى رأس مال.

﴿المادة ١٠٥٨﴾ - (الربح عبارة عن الكسب)

الربح بكسر الراء وسكون الباء وجمعه أرباح، والربح بفتح الراء والباء هو بهذا المعنى أيضاً، فلذلك إذا وضع الشركاء مائة دينار رأس مال للشركة واشتغلوا بالتجارة فيها وحصل فائدة من ذلك عشرون ديناراً فيدعى هذا ربحاً.

﴿المادة ١٠٥٩﴾ - (الإبضاع هو إعطاء شخص لآخر مال على أن يكون جميع الربح عائداً له ويسمى رأس المال بضاعة والمعطى المبضع والآخذ المستبضع)

الإبضاع بكسر الهمزة مصدر من باب أفعال وهو لغة اتخاذ شيء رأس مال. واصطلاحاً هو اعطاء شخص آخر رأس مال على أن يكون جميع الربح عائداً له، ويسمى رأس المال «البضاعة» والمعطى لرأس المال «المبضع» بصيغة اسم الفاعل من باب الأفعال ومن أخذ البضاعة «المستبضع» بصيغة اسم الفاعل من باب الاستفعال.

قيل في المجلة «جميع الربح عائداً له» لأنه يحتمل في ربح رأس المال احتمالات ثلاثة، الأول: أن يكون الربح مشتركاً، والشركة على هذه الصورة تكون شركة مضاربة وهي مذكورة في المادة (١٤٠٤) من المجلة وما يتلوها من المواد، الثاني: أن يكون جميع الربح لمعطي رأس المال، فالعقد على هذه الصورة هو بضاعة وعقد بضاعة وقد عرّف في هذه المادة، الثالث: أن يكون جميع الربح عائداً للآخذ، والعقد على هذه الصورة عقد قرض. أنظر شرح المادة (١٤٠٤). (الدرر)

الباب الأول

(في بيان شركة الملك ويحتوي على ثلاثة فصول)

الفصل الأول

(في بيان تعريف وتقسيم شركة الملك)

﴿المادة ١٠٦٠﴾ - (شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين أكثر من واحد أي مخصوصاً بهم بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والإتهاب وقبول الوصية والتوارث أو بخلط واختلاط الأموال يعني بخلط الأموال بعضها ببعض بصورة لا تكون قابلة للتمييز والتفريق أو باختلاط الأموال بتلك الصورة بعضها ببعض. مثلاً لو اشترى اثنان مالاً أو وهبه أحد لهما أو أوصى به وقبلا أو ورث اثنان مالاً فيكون ذلك المال مشتركاً بينهما ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال ومتشاركين فيه ويكون كل منهما شريك الآخر فيه. كذلك إذا خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض أو اختلطت ذخيرتهما ببعضها بانخراق عُدُولهما فتصير هذه الذخيرة المخلوطة أو المختلطة مالاً مشتركاً بين الإثنين)

شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين أكثر من واحد، أي مخصوصاً بهم بسبب من أسباب التملك المبينة في المادة (١٢٤٨) كالاشتراء والإتهاب أي قبول الهبة، وكذا قبول الصدقة والهداية والوصية أي بأن يوصي أحد بماله لإثنين وأن يقبلا الوصية بعد وفاة الموصي (البحر) والتوارث أي أن يرث اثنان مالاً من مورثهما المتوفي والاستيلاء على مال مباح أو بسبب غير أسباب التملك كخلط الأموال واختلاطها.

يعني (١) بخلط الأموال بعضها ببعض بصورة لا يمكن تفريقها وتمييزها أي بخلط الشريكين المال بفعلهما وعملهما أو بعمل أحدهما وأذن الآخر أو بعمل أجنبي بإذنهما (٢) أو باختلاط المال العين أو الدين من نفسه. وقد فسر في هذه المادة خلط الأموال كما فسر اختلاطها بطريق النشر على ترتيب اللف.

لا يقبل التفريق والتمييز، وذكر هذه العبارة بصورة مطلقة يفيد العموم فتشمل الشيء الذي لا يمكن تمييزه وتفريقه والشيء الذي يمكن تفريقه وتمييزه أيضاً لكنه متعسر، والذي لا يمكن تفريقه وتمييزه هو اختلاط الجنس بالجنس كاختلاط الشعير بالشعير والمائع بالمائع، والذي يتعسر تفريقه وتمييزه هو

كاختلاط الحنطة بالشعير (مجمع الأنهر).

وقد وردت تفصيلات متعلقة في شرح المادة (٧٨٨) كما أنه قد ذكر في شرح المادة (١٠٤٥) ان أسباب التملك تحصل على نوعين.

مسائل متفرعة على حصول شركة الملك وعلى عدم حصولها:

إذا حصلت شركة الملك فحكمها، كما ذكر في المادة (١٠٤٥) عبارة عن الإشتراك بالمخلوط وإذا تلف قسم من ذلك المخلوط فخسار التالف يكون على الشركاء بنسبة ملكهم، كما أن القسم الباقي يكون مشتركاً بينهم بنسبة ملكهم، وإذا لم تحصل شركة الملك فخسار التالف يعود على صاحبه والذي يبقى منه يكون ملكاً لمالكه الأصلي.

إيضاح القيود:

١ ـ قيل «لا يمكن تفريقه وتمييزه» لأنه إذا كان المال المخلوط قابلاً للتمييز والتفريق لا تحصل شركة الملك.

مثلاً لو كان لأحد ذهبتان كل واحدة منها بخمسة دنانير وكان للآخر عشرة دنانير كل قطعة بدينار وخلطت تلك الدنانير ببعضها فلا تحصل شركة الملك بينهما فلو ضاع دينار من تلك الدنانير فيكون خساره عائداً على صاحبه كما يوضح ذلك في شرح المادة الآتية.

٢ ـ خلط، فالخلط كما يفهم من المثال الآتي عبارة عن أن يخلط اثنان مالهما بالإتفاق أو أن يخلطه أحدهما بإذن الآخر أو يخلطه أجنبي بإذنهما. فلذلك لو خلط أحدهما المال بدون اذن الآخر أو خلطه أجنبي بدون اذنهما فحكم ذلك حكم الغصب كما يفهم من شرح المادتين (٧٨٨، ٧٩١). (الشرنبلالي ورد المحتار).

والخلط يكون على ثلاثة أنواع، الأول: أن يخلط الطرفان بالاتفاق أو يخلط أحدهما بإذن الآخر أو يخلط أجنبي بإذنهما، الثاني: أن يخلط أحدهما المال بدون اذن الآخر، الثالث: أن يخلط أجنبي المال بدون اذنهما. ففي الصورة الأولى تحصل شركة الملك، وأما في الصورتين الثانية والثالثة فلا تحصل شركة الملك ويكون المخلوط مالاً للخالط ويضمن حصة الآخر (الطحطاوي).

٣ ـكون الشيء، ولم يقل كون العين لأنه كما يفهم من المادة(١٠٦٦) أن الشركة الملك كما تكون في العين تكون في الدين أيضاً، وقد استعمل في بعض الكتب الفقهية تعبير العين إلا أن هذا الاستعمال هو لأن شركة العين غالبة أو أكثر أو لأن العين المقصودة هناك معممة على العين حالاً والعين مالا.

٤ ـ أكثر من واحد، فهذا التعبير يشمل المتشاركين فيها إذا كانا اثنين كما أنه عام يشمل صورة ما إذا كان الشركاء ثلاثة فأكثر (مجمع الأنهر وعبد الحليم).

مثلاً لو اشترى اثنان أو أكثر مالاً بعقد واحد أو بعقود متعددة أو وهبهما أحد مالاً أو أوصى به أو

تصدق به عليهما أو أهداه لهما فقبلا الهبة أو الوصية أو الصدقة أو الهدية أو ورث اثنان أو أكثر مالاً يكون ذلك المال مشتركاً بينهما ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال ومتشاركين فيه ويكون كل واحد منهما شريك الآخر فيه ويسمى المال مشتركاً ومشتركاً فيه بصيغة اسم المفعول ويسمى أصحاب المال متشاركين ومشتركين ومشاركين وذوي نصيب.

كذلك لو خلط اثنان ذخيرتهما بعضها ببعض أو اختلطت ذخيرتهما بعضها ببعض بانحراق عُدُولهما فتكون تلك الذخيرة المخلوطة أو المختلطة مالاً مشتركاً بينهما فإذا كانت الذخيرة المخلوطة متساوية في المقدار فتكون مناصفة بينهما وإذا كان الثلثان لأحدهما والثلث للآخر فتكون مشتركة بينهما أثلاثاً لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث، والصورة الأخرى تقاس على ذلك.

﴿المادة ١٠٦١﴾ - (إذا اختلط دينار أحد بدينارين لآخر من جنسه بصورة لا تقبل التمييز ثم ضاع اثنان منهما فيكون الدينار الباقي بينهما مشتركاً أثلاثاً ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار)

إذا اختلط دينار أحد بدينارين لآخر من جنسه بصورة لا تقبل التمييز فيكون هذا المختلط مشتركاً بينهما بشركة الملك حسب المادة الآنفة ويكون ثلث كل جزء من المختلط لصاحب الدينار وثلثاه لصاحب الدينارين فلو ضاع ديناران منهما فيكون الدينار الباقي مشتركاً بينهما أثلاثاً الثلثان لصاحب الدينارين والثلث لصاحب الدينار. أنظر مادة (٧٨٩) وشرحها.

سؤال - إذا ضاع ديناران من الدنانير الثلاثة المختلطة المار ذكرها فمعلوم جزماً أن أحد الدينارين الضائعين هو لصاحب الدينارين لأن مال الآخر هو دينار واحد أما الدينار الآخر فيحتمل أن يكون لصاحب الدينار الواحد أو لصاحب الدينارين فكان من اللازم أن يكون الدينار الباقي مشتركاً بينهما مناصفة.

الجواب - بما أنه قد حصلت شركة الملك باختلاط الدنانير الثلاثة وأصبح نصيب كل واحد منهما في كل دينار ثلثاً وثلثين فكل دينار يفقد من تلك الدنانير يكون خسارة بنسبة اشتراكهما ثلثاً وثلثين (الجوهرة في الغصب).

إيضاح القيود:

١ - اختلط، فالاختلاط يكون أما بالخلط واما بالاختلاط وسواء كان هذا الخلط حصل بدون اتفاق الإثنين أو باتفاقهما، أو كان بعمل أحدهما بإذن الآخر أو بعمل أجنبي بإذنهما فالحكم متساو في ذلك.

مثلاً، لو وضع كل واحد من الشريكين مائة دينار رأس مال الشركة وعقد الشركة وبعد خلط الدنانير المذكورة وقبل شراء بضاعة للشركة بذلك المال تلف مقدار من تلك الدنانير بيد أحد الشريكين فيكون خسارة الدنانير التالفة عائداً بالتساوي على الشريكين كما أن الباقي منها يكون مشتركاً بينهما

مناصفة. أما إذا خلط أحدهما الدنانير بدون اذن الآخر أو خلطها شخص أجنبي بدون اذنهما فيكون تعدياً وتعود الخسارة على المعتدي أي على الخالط (الدر المختار والخانية في الغصب) أي أن الخلط على هذا الوجه هو تعد واستهلاك فيصبح الخالط مالكاً للمخلوط وضامناً لصاحب المال إذ قد تبين في شرح المادة (٨٩١) أن خلط المال المغصوب هو استهلاك واختلاطه تلف له كما أنه قد ذكر في المادة ٧٨٨) أن خلط الوديعة على هذا الوجه هو تعد.

٢ - بصورة لا تقبل التمييز، أما إذا وقع الخلط بصورة تقبل تمييز المخلوط فخسار التالف من المخلوط إذا كان معلوماً مال من منهما يعود عليه كما أن الباقي إذا كان معلوماً مال من منهما يكون ملكاً لصاحبه حيث لا تحصل شركة الملك بالإختلاط على هذا الوجه.

مثلاً: لو كان دينار أحد ذا حلقة أو كان مخروقاً أو مؤرخاً بتاريخ وكان دينارا الآخر لا حلق لهما أو ليسا مخروقين أو كان تاريخهما غير تاريخ الدينار وكان ذلك معلوماً فإذا اختلطت تلك الدنانير وتلف بعضها فيعود خسار الدنانير التالفة على صاحبها. كذلك لو كان دينار أحد من سكة دولة ودينار الآخر من سكة دولة أخرى وكان ممكناً لذلك تفريقهما وتمييز بعضهما عن بعض فالحكم في ذلك على الوجه المشروح (الدر المختار بإيضاح).

يفهم من هذه التفصيلات إن هذه المادة فرع للمادة الآنفة وبمثابة مثال لها ولا يفيد حكماً غير الحكم الوارد في تلك المادة، فكان الأولى بدلاً من كتابة مثال مادة في شكل مادة أخرى أن يورد في تلك المادة على شكل المثال.

﴿المادة ١٠٦٢﴾ - (تنقسم شركة الملك قسمين: اختياري وجبري)

أما شركة العقد فهي شركة اختيارية ولا تكون جبرية لأن نوعي الإكراه، كما ذكر في المادة (١٠٠٧) معتبران في التصرفات القولية، وإن يكن أنه قد عدد في المادة (١٠٠٦) والمعاملات التي لا تصح بالإكراه، ولم يذكر شيء عن شركة العقد بأنها أحداها إلا أن المعاملات التي لا تصح بالإكراه لم تكن مقصورة على المسائل المذكورة في المجلة وشرحها. والقاعدة هي (أن كل عقد يبطل بالهزل لا يجوز بالإكراه) ويدخل أمثال ذلك تحت هذه القاعدة.

﴿المادة ١٠٦٣﴾ - (الشركة الاختيارية هي الاشتراك الحاصل بفعل المتشاركين كالإشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والإتهاب وبخلط الأموال المبين آنفاً)

الشركة الاختيارية هي الاشتراك الحاصل في شيء بفعل المتشاركين. والفعل هنا يشمل فعل اللسان وفعل الجوارح فقبول الوصية والاشتراء فعل اللسان أما خلط الأموال ففعل غير اللسان كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والإتهاب أي قبول الهبة وقبض الصدقة (البحر).

مثلاً، إذا اشترى اثنان بالاشتراك مالاً فيكون المال المذكور مشتركاً بينهما بشركة اختيارية كذلك لو أوصى أحد لإثنين بمال وقبلا الوصية فيكون المال المذكور، بعد موت الموصي، مشتركاً بينهما بشركة اختيارية.

﴿المادة ١٠٦٤﴾ - (الشركة الجبرية هي الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورة التوارث واختلاط المالين)

الشركة الجبرية هي الشركة الحاصلة بغير فعل المتشاركين. سواء كان ذلك بأحد أسباب التملك كالإرث أو بغير أسباب التملك كاختلاط الأموال. كالاشتراك الحاصل في صورة التوارث واختلاط المالين أي أن يختلط مال اثنين من نفسه بصورة لا تقبل التمييز والتفريق بناء عليه فالإرث هو من أسباب التملك الجبري كما أن الشركة الحاصلة بسببه هي شركة جبرية.

﴿المادة ١٠٦٥﴾ - (اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة هو من قبيل الشركة الاختيارية. أما إذا هبت الريح وألقت ثياب أحد في دار مشتركة فشركة أصحاب الدار في حفظ هذه الثياب هي من قبيل الشركة الجبرية)

اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة توفيقاً للمادة (٧٨٣) هو من قبيل الشركة الاختيارية لأن لزوم الحفظ عليهم قد نتج عن قبولهم الوديعة، وقبولهم لها أمر اختياري. أما إذا هبت الريح وألقت ثياب أحد في دار مشتركة، فشركة أصحاب الدار في حفظ هذه الثياب وفي ثبوت حق الحفظ عليهم بالاشتراك هي من قبيل الشركة الجبرية لأن الحفظ الذي وجب عليهم لم ينتج عن فعلهم، ويفهم من ذلك أن جميع أصحاب الدار المشتركة يكونون مشتركين في الحفظ ويثبت حق الحفظ على كل واحد منهم ولا يثبت على أحدهم فقط وهؤلاء يحفظون الوديعة على موجب التفصيلات المبينة في المادة (٧٨٣).

قد بين المرحوم حافظ السيد في حاشيته أن لفظ (قبيل) تأتي تارة بمعنى جزئيات الشيء وقد استعملت بهذا المعنى في المادة (١٠٨١) وتارة أخرى بمعنى مناسبة الشيء. واستعمال لفظ قبيل في هذه المادة في موضعين لم يكن في المعنى الأول لأنه قد فهم من المادة (١٠٦٢) إن الشركة الجبرية والاختيارية هما من أقسام شركة الملك وبما أن الوديعة لم تكن ملك الودعاء كما أن الثياب لم تكن ملك أصحاب الدار المشتركة حتى تكون من قبيل شركة الملك، ولذلك فلفظ قبيل هنا مستعمل في المعنى الثاني أي أن اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة هو من مناسبات الشركة الجبرية والاختيارية.

لا محل لأن يعترض على ذكر هذه المادة هنا مع أنه لا تجري في مثل هذه الشركة أحكام مادتي (١٠٦٩ و ١٠٧٣) الخاصة بشركة الملك لأن ذكر مسألة في باب من الأبواب لا يوجب جريان جميع الأحكام المذكورة في ذلك الباب عليها كالدين المشترك مثلاً فانه لا تجري بحقه جميع أحكام العين المشتركة (رد المحتار).

وتنقسم كل من الشركة الجبرية والشركة الاختيارية إلى قسمين أي أن الشركة الاختيارية هي على قسمين: أحدهما الشركة الاختيارية في الملك والآخر الشركة الاختيارية في الحفظ كما أن الشركة الجبرية تنقسم أيضاً إلى شركة جبرية في الملك وشركة جبرية في الحفظ (القهستاني).

﴿المادة ١٠٦٦﴾ - (تنقسم شركة الملك إلى قسمين: شركة عين وشركة دين).

تنقسم شركة الملك إلى قسمين شركة عين وشركة دين كما تنقسم إلى شركة اختيارية وجبرية وتعرف كل منهما في المواد الآتية، إلا أنه يرد سؤال على هذا التقسيم وهو أن الملك عبارة عن الأعيان والمنافع كما عرف في المادة (١٢٥). أما الدين فهو وصف شرعي فلا يعد من المنافع كما أنه لا يعد من الأعيان، فلذلك يكون تقسيم شركة الملك على هذا الوجه إلى قسمين تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره.

ويجاب على ذلك على وجهين: الوجه الأول، هو أنه وإن لم يكن الدين في الحال عيناً ومالاً فهو باعتبار المآل والعاقبة مال وعين كما بين في شرح المادة (٦٣١) وعليه فشركة الدين باعتبار العاقبة شركة ملك فعلى ذلك وإن لم تكن في نفس الأمر قسمين إلا أنها بإعتبار الوصف قسمان أي أن احداهما شركة في العين حالاً والثانية شركة في العين مالا. الوجه الثاني: إن اعتبار شركة الدين شركة ملك هو بطريق المجاز لأن الدين وصف شرعي فلا يملك فلذلك قد ذكر في المادة (٨٧٣) أن هبة الدين للمدين قد اعتبرت مجازاً اسقاطاً وإبراءً للدين (البحر ورد المحتار بزيادة).

ومعنى شركة العين الشركة في العين وشركة الدين الشركة في الدين فالإضافة بمعنى في والمادتان الآتيتا الذكر تدلان على ذلك.

ويبلغ أنواع الشركات اثني عشر نوعاً وهي:

١ - شركة اختيارية في ملك العين.
٢ - شركة جبرية في ملك العين.
٣ - شركة اختيارية في ملك الدين.
٤ - شركة جبرية في ملك الدين.
٥ - شركة اختيارية في الحفظ.
٦ - شركة جبرية في الحفظ.
٧ - شركة الأموال في عقد المفاوضة.
٨ - شركة الأعمال في عقد المفاوضة.
٩ - شركة الوجوه في عقد المفاوضة.
١٠ - شركة الأموال في شركة العنان.
١١ - شركة الأعمال في شركة العنان.
١٢ - شركة الوجوه في شركة العنان.

والأنواع الستة الأخيرة ستفصل في الباب الثالث.

﴿المادة ١٠٦٧﴾ - (شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاة أو في قطيع غنم)

وقيد (شائعاً) خاص بقطيع الغنم وهو للاحتراز من قطيع يكون نصفه المفرز لأحد والنصف المفرز الآخر لآخر وفي هذه الحالة لا يكون فيه اشتراك. أما الاشتراك في شاة واحدة فلا يكون إلا شائعاً لأنه لا يتصور أن يكون أحد طرفي الشاة لأحد والطرف الآخر لآخر فقيد الشائع بالنسبة إلى الشاة غير لازم.

شرط شركة العين، وشرط جواز شركة العين أن يكون المعقود عليه قابلاً للشركة (البحر) فلا تجوز الشركة في المباحات وفي النكاح والوقف. أنظر شرح المادة (١٠٤٥) (الطحطاوي ورد المحتار).

﴿المادة ١٠٦٨﴾ - (شركة الدين الاشتراك في الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا درهماً في ذمة آخر)

شركة الدين الاشتراك في الدين، وتعريف الدين قد مرّ ذكره في المادة (١٥٨) وهذا التعريف عبارة عن ترجمة اللفظ العربي باللفظ التركي.

كاشتراك اثنين في قدر كذا ديناراً، أو حنطة أو شعيراً في ذمة الآخر. أنظر المواد (١٠٩٢ و١٠٩٣ و ١٠٩٤ و ١٠٩٥ و١٠٩٦).

مثلاً: لو باع اثنان لآخر الفرس المشتركة بينهما بعشرة دنانير فتصبح هذه الدنانير العشرة مشتركة بين ذينك الإثنين بشركة اختيارية (الطحطاوي) كما أن مطلوب المتوفي من ذمة زيد يكون مشتركاً بين ورثته حسب أحكام علم الفرائض بشركة جبرية.

ثمرة الاشتراك في الدين: هي أن ما يقبضه أحد الدائنين يكون للدائن الآخر حق الإشتراك في المقبوض المذكور وليس للقابض أن يقول: إن ما قبضته هو حصتي وما بقي في ذمة المدين هو حصتك كما أنه ليس للمدين أن يؤدي لأحد الشركاء في الدين حصته من الدين وأن يؤخر اعطاء حصة الآخرين (رد المحتار والطحطاوي والبحر).

وسيذكر في شرح المادة (١١١٠) أنه توجد حيلتان لحصر المقبوض في الدين المشترك في القابض.

والدين كما هو مبين في المادة (١٥٨) هو الذي يتعلق بذمة المدين بوجه من الوجوه أو لم يتعلق في ذمته ولكنه غير موجود ومشار إليه أو كان موجوداً ومشاراً إليه لكنه مثليات غير مفرزة ككيلة حنطة من صبرة حنطة إلا أنه حيث قد بحث في الفصل الثالث الذي يبتدىء من المادة (١٠٩١) عن الدين بمعناه الأول فالدين الوارد هنا هو مستعمل بمعناه الأول. أما الإشتراك في الدين بمعناه الثاني فهو غير ممكن كما أن الاشتراك في الدين بمعناه الثالث هو في الحقيقة ليس اشتراكاً في الدين بل هو اشتراك في العين.

الفصل الثاني

(في بيان كيفية التصرف في الأعيان المشتركة)

قد ذكر في جامع الفصولين في الفصل الخامس والثلاثين تحت عنوان مبحث في التصرف في الأعيان المشتركة المسائل المذكورة في هذا الفصل .

وقد وجد من المناسب أن نذكر هنا بيان أقسام الأعيان المشتركة إجمالاً مع ذكر الأحكام المتعلقة بالانتفاع بها .

الأعيان المشتركة ستة أقسام :

القسم الأول: الأبنية كالدار والحانوت، وأحكام ذلك تبين في المواد (١٠٦٩ و ١٠٧٠ و ١٠٧١ و ١٠٧٢ و ١٠٧٣ و ١٠٧٥ و ١٠٧٧ و ١٠٧٨ و ١٠٧٩ و ١٠٨١ و ١٠٨٣ و ١٠٨٤ و ١٠٨٨) .

القسم الثاني ـ الأراضي، وأحكامها تبين في المواد (١٠٦٩ و ١٠٧١ و ١٠٧٢ و ١٠٧٣ و ١٠٧٥ و ١٠٧٦ و ١٠٧٧ و ١٠٧٨ و ١٠٧٩ و ١٠٨٠ و ١٠٨٣ و ١٠٨٧ و ١٠٨٨) .

القسم الثالث ـ الحيوان، وحكمه يبين في المواد (١٠٦٩ و ١٠٧١ و ١٠٧٢ و ١٠٧٣ و ١٠٧٤ و ١٠٧٥ و ١٠٧٧ و ١٠٧٨ و ١٠٧٩ و ١٠٨٠ و ١٠٨٣ و ١٠٨٧ و ١٠٨٨) .

القسم الرابع ـ الثياب، وحكمها يبين في المواد (١٠٦٩ و ١٠٧١ و ١٠٧٢ و ١٠٧٣ و ١٠٧٥ و ١٠٧٧ و ١٠٨٠ و ١٠٨٣ و ١٠٨٤ و ١٠٨٧ و ١٠٨٨) .

القسم الخامس ـ الكروم، وحكمها يبين في المواد (١٠٦٩ و ١٠٧١ و ١٠٧٢ و ١٠٧٣ و ١٠٧٥ و ١٠٧٧ و ١٠٨٦ و ١٠٨٧ و ١٠٨٨) .

القسم السادس ـ الكيلي أو الوزني أو العددي المتقارب، وحكم ذلك يبين هنا تتميماً للفائدة. وهو أنه لأحد الشريكين في غياب شريكه الآخر أن يفرق حصته وأن يأخذها وينتفع بها وإذا سلم الباقي الذي هو حصة الشريك للشريك فلا يلزم الشريك الذي أخذ حصته قبلاً أي شيء. أما إذا تلف الباقي قبل أن يسلم للشريك فيعود خساره عليهما وفي هذا الحال يلزم على الشريك الحاضر أن يعطي الشريك الغائب حصته من المأخوذة قبلاً (البحر). أنظر مادة (١١١٧) .

﴿المادة ١٠٦٩﴾ ـ (مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما شاء فأصحاب الملك المشترك يتصرفون أيضاً بالاتفاق كذلك)

مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما شاء كما هو مبين في المادة (١٠٩٣) فلجميع

أصحاب الملك المشترك أن يتصرفوا بالاتفاق على ذلك الوجه أي كيفما يشاؤون، يعني أنهم يقتدرون على التصرف على ذلك الوجه إذا كانوا متفقين في أي قسم من أقسام الملك المشترك المبينة آنفاً.
وحكم هذه المادة يجري في كتب فقهية عديدة، وبيان ذلك:

البيع ـ للشركاء في الملك المشترك أن يبيعوه بالإتفاق، مثلاً: لو باع اثنان الدار أو الساحة أو الحيوان أو الثياب أو الكروم أو الكيلي أو العددي المتقارب أو الوزني المشترك بينهما لآخر فالبيع صحيح ويقسم الثمن بينهما بنسبة حصصهما. أنظر المادة (٣٦٥) كما أنه في صورة خلط أو اختلاط الأموال فللشريكين أن يبيعا بالاتفاق المخلوط أو المختلط للآخر.

الإجارة ـ للشركاء في الملك المشترك تأجيره لآخر بالاتفاق، مثلاً إذا أجر اثنان الدار أو الساحة أو الحيوان أو الكروم المشتركة بينهما لآخر بالاتفاق فالإيجار صحيح. أنظر المادة(١٣٤) ويقسم بدل الإجارة بينهما بنسبة حصصهما. أنظر المادة (١١٨٤) لأن الغنم بالغرم. أنظر المادة(٨٨).

الرهن ـ للشركاء رهن الملك المشترك لآخر مقابل دينهم المشترك بالاتفاق. أنظر المادة(٧٢١).
الأمانات ـ للشركاء أن يودعوا أو يعيروا المال المشترك لآخر بالاتفاق. أنظر مادة (٧٩٦).
الهبة ـ للشركاء أن يهبوا بالاتفاق المال المشترك ويسلموه له.
الإقراض ـ للشركاء أن يقرضوا ويسلموا لآخر المال المثلي المشترك بينهم بالاتفاق.
السكنى ـ للشركاء أن يسكنوا الدار المشتركة بالاتفاق. أنظر المادة الآتية.
الزراعة ـ للشركاء أن يزرعوا الأرض المشتركة بالاتفاق.
التصرفات الأخرى ـ لكل شريك بالإتفاق مع شريكه أن يضع امتعته في الملك المشترك وأن يربط حيوانه فيه «جامع الفصولين».

فائدة قيد «بالاتفاق» أما إذا لم يتفق الشركاء على ذلك ففي تلك الحالة توجد بعض تصرفات ليس لأحد الشركاء التصرف بها بدون اذن الآخرين. وهي أنه ليس للشريك في بعض الأحوال أن يبيع حصته في الملك المشترك لآخر، أنظر شرح المادة (٢١٥) والفقرة الأخيرة من المادة (١٠٨٨). وليس له هبتها، أنظر شرح المادة (٨٥٨). وليس له إيجارها، أنظر المادة (٤٢٩). ولا إيداعها وإعارتها، أنظر المادة (١٠٧٥). ولا هدمها وإنشاؤها ولا أن يبني طابقاً فوقها، أنظر المادتين (٤٦ و ٩٦). كما أنه توجد بعض تصرفات للشريك أن يتصرف بها بدون اذن شريكه وستبين في المواد الآتية.

﴿المادة ١٠٧٠﴾ ـ (يسوغ لأصحاب الدار المشتركة أن يسكنوا فيها معاً، لكن إذا أدخل أحدهم أجنبياً إلى تلك الدار فللآخر منعه)

يسوغ لجميع أصحاب الدار المشتركة أن يسكنوا فيها معاً. يعني إذا اتفق جميعهم على السكنى معاً وكانت الدار مساعدة لسكناهم معاً فلهم السكنى. وعلى هذا المعنى فتكون هذه المادة فرعاً للمادة السالفة الذكر كما أنه إذا لم يتفقوا على السكنى معاً فلهم السكنى معاً ولا يحق لهم منع بعضهم منها. أنظر مادة

(١٩). وقد بين في المادة (١٠٧٥) أن الدار المشتركة تعتبر ملكاً خاصاً لكل شريك على وجه الكمال في السكنى وتوابعها كالدخول والخروج.

لكن إذا أدخل أحد الشركاء أجنبياً إلى تلك الدار فللآخر منعه ولو كان إدخال ذلك الأجنبي بقصد الزيارة كما أنه ليس للأجنبي أن يدخل الدار المشتركة بدون إذن جميع الشركاء لأن هذا الدخول والإدخال هو تصرف في ملك الغير بلا إذن وهو ممنوع حسب المادة (٩٦) (الخيرية) حتى إنه لا يجوز له الدخول إذا أذن له بعض الشركاء ولم يأذن الآخرون. أنظر المادة (٦٤). أما إذا أذن جميع الشركاء فله الدخول. أنظر شرح المادة (٩٦). فلذلك إذا أدخل الشريك أجنبياً فللشريك الآخر منعه وعليه فلو كانت الدار مشتركة بين أخوين واختين فإذا سكن الأخوان بزوجتيهما تلك الدار فليس لاختيهما أن يطلبا السكنى في تلك الدار مع زوجيهما هذا إذا لم يكن زوجاهما غير محرمين لأخويهما (الأنقروي والتنقيح).

﴿المادة ١٠٧١﴾ ـ (يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف مستقلاً في الملك المشترك باذن الآخر لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك)

أي أن يتصرف في جميع الملك المشترك. وهذا الإذن على نوعين:

النوع الأول ـ الإذن صراحة فإذا أذن صراحة فللمأذون أن يتصرف بأي نوع من التصرف في دائرة الإذن الذي أذن له به من الشريك الآذن سواء كان التصرف مضراً أو غير مضر فلذلك له البيع والإجارة والإيداع والإعارة والهبة والتسليم والرهن. مثلاً لأحد الشريكين أن يبيع الملك المشترك لآخر بإذن شريكه. أنظر المادتين (٢١٤ و٢١٥). وأن يؤجره ويودعه ويعيره ويهبه ويسلمه لاخر ويكون الإذن في هذه الحالة وكالة بالبيع أو الإجارة أو الإيداع أو الإعارة أو الهبة والتسليم أو الرهن، أنظر المادة (١٤٥٢). وله أن يهدمه وأن يبني طابقا فوقه وأن يعمره.

كذلك لو أجر الشريك حصته للشريك الآخر أو أعارها له فللشريك المستأجر أو المستعير أن ينتفع مستقلاً بذلك الملك المشترك وأن يتصرف فيه. أنظر المادتين (٤٢٩ و٨١٢).

الخلاصة: للشريك أن يتصرف بجميع أنواع التصرف من التصرفات المضرة وغير المضرة بإذن شريكه الصريح.

النوع الثاني ـ الإذن دلالة، وهو في التصرفات الآتية: (أولاً) في السكنى وتوابعها حسب المادتين (١٠٧٥ و١٠٨٠). (ثانياً) في تحميل الحيوان المشترك وفي الحرث عليه وفي استخدام الأجير المشترك حسب المادة (١٠٨٠). (ثالثاً) في زراعة الأرض حسب المادة (١٠٨٥).

لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك بالإذن دلالة أي أنه يجب أن يكون اذن صريح من الشريك للتصرف في المال المشترك تصرفاً مضراً ورضاء منه.، وليس له أن يتصرف ذلك التصرف المضر بداعي وجود اذن الشريك دلالة ورضاء منه بذلك لأن التصرف في ملك الغير حرام من جهة حق الله تعالى وهو حرام أيضاً من جهة حق المالك فإذا تصرف أحد في ملك الغير يمنع من التصرف

بطلب المالك وإدعائه، أما إذا كان المالك أي الشريك غائباً ولم يطلب ويدع منع الشريك من التصرف فليس للقاضي أن يمنعه من نفسه من التصرف لأنه يشترط في الحكم سبق الدعوى كما هو مذكور في المادة (١٨٢٩). (الأنقروي بعلاوة).

أما إذا أذن الشريك صراحة شريكه بالتصرف المضر فلا شك أن للشريك أن يتصرف بذلك كما ذكر في شرح الفقرة السابقة. مثلاً لو كانت دار مشتركة بين اثنين وسكن أحدهما باذن الآخر تلك الدار جاز ذلك ولو كان كثير العائلة، ولا يقاس ذلك على حكم الفقرة الأخيرة من المادة (١٠٨١).

كذلك لو كانت زراعة الأرض المشتركة مضرة بها واذن الشريك عند سفره شريكه بزراعتها فله ذلك.

وكما يكون هذا الاذن بطريق الاجارة يكون أيضاً بطريق الاعارة. كذلك لأحد الشريكين هدم كل الدار المشتركة أو بعضها باذن شريكه الاخر. أنظر المادة (١٤٥٩).

المادة ﴿١٠٧٢﴾ - (ليس لأحد الشريكين أن يجبر الآخر بقوله له: بعني حصتك أو اشتر حصتي. غير أنه إذا كان الملك المشترك بينهما قابلاً للقسمة والشريك ليس بغائب فله أن يطلب القسمة وإن كان غير قابل للقسمة فله أن يطلب المهايأة كما سيجيء تفصيله في الباب الثاني).

ليس لأحد الشريكين أن يجبر الشريك الآخر بقوله له: بعني حصتك أو اشتر حصتي أو أجرني حصتك أو استأجر حصتي أو فلنبع ملكنا لآخر معاً، أو فلنؤجره لآخر معاً وليس له أن يراجع القاضي ويطلب ذلك لأن الرضاء شرط في هذه التصرفات. وقد بين في المادة (١٠٠٦) أن التصرفات القولية التي تكون بجبر وإكراه غير معتبرة.

مثلاً، لو أراد أربعة شركاء أن يبيعوا عنب الكرم المشترك بين خمسة شركاء وامتنع الشريك الخامس عن البيع وأبى المشتري إلا شراء جميع الثمر فليس للشركاء الأربعة أن يجبروا شريكهم الخامس بقولهم له: بع حصتك معنا بل لهم أن يبيعوا حصتهم بعد إدراك العنب وإجراء تقسيمه بينهم.

كذلك لو أراد أربعة شركاء في حانوت مشترك بين خمسة شركاء إيجار الحانوت المذكور ولم يقبل الشريك الخامس التأجير فليس للشركاء الأربعة إجبار شريكهم الخامس على إيجار حصته بسبب عدم جواز إيجار المشاع بل لهم أن يطلبوا المهايأة وأن يؤجر كل منهم حصته في نوبته. أنظر المادتين (٤٢٩ و ١٠٨٨).

ويجري حكم هذه المادة في عقارات الوقف التي يتصرف فيها بالإجارتين وفي الأراضي الأميرية أيضاً، مثلاً لو كان اثنان يتصرفان في عقار وقف بالإجارتين بالإشتراك شائعاً فليس لأحدهما أن يجبر الآخر بقوله: أفرغ لي حصتك في ذلك العقار أو اقبل الفراغ بحصتي. إلا أنه لكل منهما أن يفرغ حصته لمن شاء بإذن المتولي وليس لشريكه أن يمنعه من الفراغ. وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين فالحكم أيضاً

على هذا المنوال.

كذلك إذا كان اثنان يتصرفان في قطعة أرض أميرية بالإشتراك شائعاً فليس لأحدهما أن يجبر الآخر بقوله: أفرغ لي حصتك في تلك الأراضي أو اقبل الفراغ في حصتي منها، إلا أنه إذا فرغ أحدهما حصته لآخر بإذن صاحب الأرض فللشريك حق الرجحان كما هو مفصل في قانونه المخصوص[1]

غير أنه إذا كان الملك المشترك بينهما قابلاً للقسمة ولم يكن الشريك غائباً فله أن يطلب القسمة وإن كان غير قابل للقسمة فله التهايؤ أي إذا لم يتفق الشريكان على التصرف على الوجه المبين في المادة (١٠٦٩) ولم يوافق أحدهما على تصرف الآخر على الوجه المبين في المادة (١٠٧١) وحيث لا يجوز أن يجبر أحدهما الآخر على بيع أو إيجار حصته وحيث لا يجوز إجراء التقسيم جبراً وقضاء في هذه الحالة توفيقاً للمادة (١١٤١) فقد لزم اجراء المهايأة في ذلك الملك منعاً لتعطيل منافع الملك المذكور، وستجيء تفصيلات القسمة في الباب الثاني.

قيل في المجلة «والشريك ليس بغائب» لأنه يشترط في القسمة حضور الشركاء أو وكلائهم الشرعيين كما هو مذكور في المادة (١١٢٨).

﴿المادة ١٠٧٣﴾ - (تقسيم حاصلات الأموال المشتركة في شركة الملك بين أصحابها بنسبة حصصهم. فلذلك إذا شرط لأحد الشركاء حصة أكثر من حصته من لبن الحيوان المشترك أو نتاجه لا يصح)

تقسم حاصلات الأموال المشتركة في شركة الملك بين أصحابها بنسبة حصصهم، يعني إذا كانت حصص الشريكين متساوية أي مشتركة مناصفة فتقسم بالتساوي وإذا لم تكن متساوية بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان فتقسم الحاصلات على هذه النسبة.

لأن نفقات هذه الأموال هي بنسبة حصصهما، أنظر المادة (١٣٠٨) وحاصلاتها أيضاً يجب أن تكون على هذه النسبة لأن الغنم بالغرم بموجب المادة (٨٨).

الحاصلات: هي اللبن والنتاج والصوف وأثمار الكروم والجنائن وثمن المبيع وبدل الإيجار والربح وما اشبه ذلك.

إيضاح اللبن والنتاج والصوف: إذا شرط لأحد الشريكين في الحيوان المشترك شيء زائد عن حصته من لبن ذلك الحيوان أو صوفه أو نتاجه لا يصح. مثلاً لو شرط الشريكان تقسيم لبن البقرة المشتركة بينهما أثلاثاً مناصفة فيكون اللبن مشتركاً بينهما أثلاثاً فإذا أخذ صاحب الثلث أكثر من حصته بناء على هذا الشرط فيجب عليه رده عيناً إذا كان موجوداً وبدلاً إذا كان مستهلكاً. كذلك إذا استهلك أحدهما تلك الحاصلات بلا اذن الآخر يضمن حصته. أنظر المادة (٩٣٢) (الفتاوى الجديدة).

---

(١) أي قانون الأراضي «المعرب»

إيضاح أثمار الكروم والجنائن: لو شرط لأحد الشركاء في أثمار الكروم والجنائن المشتركة مقداراً أكثر من حصته لا يصح.

إيضاح ثمن المبيع: لو بيع مال مشترك باتفاق الشركاء فيقسم الثمن بينهم بنسبة حصصهم في ذلك المال، فإذا شرط لأحدهم مقدار من الثمن أكثر من حصته لا يصح «رد المحتار».

كذلك لو كان لأحد فرس ولآخر شاة وباعها بالاتفاق لآخر بعقد واحد فيقسم ثمن المبيع بنسبة قيمة الفرس والشاة بينهما وتعين حصص كل منهما في الثمن على قاعدة التناسب الحسابية. إذا شرط تقسيم الثمن بينهما على التساوي فلا حكم لهذا الشرط.

كذلك لو كانت ثلاثون كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مثالثة فباعاها بثلاثين ريالاً على شرط تقسيم الثمن بينهما مناصفة فلا حكم لهذا الشرط ويقتسمان ثمن المبيع بينهما مثالثة ثلث لأحدهما وثلثان للآخر.

إيضاح بدل الإيجار: لو أجر الشركاء الحانوت المشترك بينهم لآخر فيجب تقسيم بدل الإيجار بينهم حسب حصصهم في الحانوت. فإذا شرط لأحدهم مقداراً أكثر من حصته لا يصح.

كذلك لو كان كل واحد من اثنين يملك عقاراً على وجه الاستقلال فأجرا العقارين المذكورين بعقد واحد لآخر واتفقا على تقسيم الأجرة بينهما مناصفة وتقاسما الإيجار سنين عديدة على هذا الوجه فإذا كان بدل الإيجار لأحد ذينك العقارين أزيد من إيجار الآخر أي أجر مثله فيجب إعادة الزيادة المذكورة إلى صاحب العقار المذكور وإعطاء تلك الزيادة. وإن الظن بأن تلك المقاولة مشروعة لا يكون مانعاً من استرداد تلك الزيادة (التنقيح).

إيضاح الربح: يجب الرجوع إلى المادة «١٤٠٢» للحصول على تفصيلات لذلك.

﴿المادة ١٠٧٤﴾ - (النتاج يتبع الأم في الملكية، مثلاً لو نزا حصان أحد على فرس آخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس. كذلك لو كان لأحدهما ذكر حمام وللآخر انثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الأنثى)

النتاج أي نتاج عموم الحيوانات يتبع الأم في الملكية، وأما الإنسان فيتبع الأب في النسب لأن النسب للتعريف فالأم لا تشتهر، وتبعية الأولاد في النسب ثابتة بالآية الكريمة ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾ كما بين أصول الفقه.

مثلاً لو نزا حصان أحد على فرس آخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس مستقلاً ولا يكون لصاحب الحصان وليس لصاحب الحصان أن يقول: إني شريك في الفلو لحصوله من نزو حصاني على فرسك.

كذلك لو كان لأحد ذكر حمام ولآخر أنثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الأنثى كاملة «الهندية» ولا يأخذ الآخر حصة فيها.

﴿المادة ١٠٧٥﴾ - (كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر ولا يعتبر أحد وكيلاً عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون اذنه، أما في سكنى الدار المشتركة وفي الأحوال التي تعد من تـوابع السكنى كالدخول والخروج فيعتبر كل واحـد من أصحاب الـدار المشتركـة صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال. مثلاً لو أعار أحد الشريكين البرذون المشترك أو أجره بدون اذن الآخر وتلف البرذون في يد المستعير أو المستأجر فللآخر أن يضمنه حصته. كذلك إذا ركب أحدهما البرذون المشترك أو حمله حملاً بلا إذن وتلف البرذون أثناء السير يكون ضامناً حصته، وكذلك إذا استعمله مدة فصار هزيلاً ونقصت قيمته يكون ضامناً نقصان قيمة حصته. أما إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة فيها بلا اذن الآخر مدة فيكون قد سكن في ملكه فلذلك لا يلزمه إعطاء اجرة لأجل حصة شريكه وإذا احترقت الدار قضاء فلا يلزمه ضمانها)

كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر في التصرف المضر «الطحطاوي» أما في حصته فهو مالك ومتصرف كما سيوضح قريباً أنظر المادة «١٠٨٠» (الدر المنتقى والدر المختار).

وقيد «التصرف المضر» هو للاحتراز من التصرف الغير المضر فكما يجوز الانتفاع بالبيت والخادم والأرض في غيبـة المشارك يجوز أيضاً هذا الانتفاع الغير المضر (رد المحتار). أما إذا كانت جهة المنفعة والمضرة متساوية فالظاهر منع التصرف (الطحطاوي).

ولا يعتبر أحدهما وكيلاً عن الآخر بعكس شركة العقد بل يكون الشريك في التصرف في نوبته في الملك المشترك مستودعاً لحصة الآخر. أنظر المادة (١٠٨٧). (تكملة رد المحتار في الوديعة)

فلذلك ليس للشريك حسب الفقرة الثانية من المادة «٧٩٢» أن يؤجره أو يعيره أو يرهنه لآخر فإذا فعل ذلك فالشريك مخير في تضمين شريكه أو ذلك الآخر حسب ما هو مذكور في شرح تلك المادة.

وقول المجلة «أجنبي في حصة الآخر» لجواز تصرفه في حصته، وقد ذكر في المادة «١٠٨٨» إن للشريك بيع حصته حتى بلا إذن شريكه.

فلذلك لو باع أحد صاحبي الدار المشتركة نصفها لآخر فيصرف البيع الواقع على أنه في حصته وينفذ لأنه يجب حمل تصرف الإنسان على أنه وقع بصورة مشروعة، فلو حمل بأن نصف ما باعه في حصته ونصف ما باعه في حصة شريكه فيكون قد حمل عمله على أمر غير مشروع. أما لو باع فضولي نصف تلك الدار الشائعة فيصرف البيع إلى حصة الشريكين لأنه لو صرف البيع إلى حصة أحدهما فيكون ترجيحاً بلا مرجح. وفي هذه الصورة إذا أجاز كلاهما البيع فيكون قد بيع نصف حصة كل منهما أما إذا أجاز أحدهما فقط فينفذ في جميع حصة المجيز وفي هذا الحال يكون قد بيع

تمام نصف الدار (الهندية بعلاوة) لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة حيث أنه لو باع صاحب المال فيصرف البيع إلى حصته فكذلك يصرف البيع إلى تمام حصة المجيز.

فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما تصرفاً مضراً في حصة الآخر بدون اذنه صراحة أو دلالة وإذا تصرف يضمن. أنظر المادة «٩٦».

ويستفاد من ذكر لفظ «التصرف» بصورة مطلقة أنه كما لا يجوز له البيع والإيجار.
والكي والهبة والقطع والإستهلاك فليس له أيضاً أن يتصرف تصرفاً كأخذه للسفر والهدم.

مثال للبيع ـ لو باع أحد صاحبي الدار المشتركة حصته وحصة شريكه بدون اذنه لآخر فيكون البيع المذكور فضولاً في حصة الشريك «البهجة» وللشريك المذكور إن شاء فسخ البيع في حصته وإن شاء أجاز البيع إذا وجدت شرائط الإجازة.

وإذا تلف المبيع بعد البيع والتسليم وقبل الإجازة في يد المشتري يكون الشريك الغير البائع مخيراً إن شاء ضمن الشريك البائع حصته باعتبار أنه غاصب وفي هذه الحالة يصح البيع ويكون الثمن له وإن شاء ضمنه للمشتري وهو يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه أما البائع فلا يرجع على أحد «الحامدية ورد المحتار بتصرف».

مثال للإيجار ـ سيبين في المادتين «١٠٧٧ و ١٠٨٤».
مثال للكي ـ لو كوى أحد الشريكين الحيوان المشترك من تلقاء نفسه وبدون اذن شريكه صراحة أو دلالة فأدى هذا الكي لهلاك الحيوان يضمن حصة شريكه الآخر لأن المعالجة من الأعمال التي يتفاوت الناس في اجرائها، وحيث أن أحد الشريكين أجنبي في حصة شريكه وليس له حق المعالجة فقد لزم الضمان.

ولكنه لو كواه بعد تصديق البياطرة باحتياج الحيوان للكي للتداوي وبأن الكي ضروري له فتلف لا يلزمه ضمان «الحامدية في الشركة» لأنه اعتمد على خبر أهل الذكر، ويفهم أنه إذا فعل ذلك من تلقاء نفسه يضمن. أنظر المادة « ٧٧٢» وشرحها، لأنه في هذه الصورة يكون الشريك المعالج قد اضطر لذلك لوقاية حصته من التلف، والضرورات تبيح المحظورات.

مثال للهبة ـ ليس لأحد الشريكين أن يهب حصة شريكه في المال المشترك بينهما لآخر فإذا وهبها تكون هبته فضولاً: أنظر المادة (٨٥٧).

مثال للقطع والاستهلاك ـ لو قطع أحد الشريكين الأشجار المثمرة المشتركة تغلباً واستهلكها فللشريك الآخر أن يضمن شريكه قيمة حصته قائمة في الأشجار المستهلكة (البهجة). أنظر المادة (٩٢٠).

مثال للأخذ للسفر ـ ليس لأحد الشريكين أن يأخذ المال المشترك بينه وبين آخر في السفر بدون اذن شريكه فإذا أخذه للسفر وتلف فإذا كان محتاجاً للحمل والمؤنة يضمن وإلا فلا (البحر). وقد

بينت مسألة أخذ الوديعة للسفر في شرح المادة (٧٨).

مثال للهدم ـ لو كان حائط مشتركاً بين اثنين وأراد أحدهما نقضه لإنشائه محكماً أو لوضع بنائه أو جذوعه عليه فللشريك الآخر منعه لأنه لا يجوز التصرف في الملك المشترك بلا إذن الشريك.

قيل «إذنه صراحة أو دلالة» فالإذن صراحة ظاهر أما الإذن والرضاء دلالة فقد بين في المادة (١٠٧٨) كما أن ما ذكر في المادة (١٠٨٥) هو من قبيل الرضاء دلالة.

قيل «لا يجوز تصرف أحدهما» إلا أن ذلك ليس مطلقاً ألا يرى أنه على الوجه المبين في المادة (١٠٨٦) ان له أن يبيع حصة شريكه مع أنه ليس هناك رضاء صراحة أو دلالة إذ لو كان ذلك لما كان له حق التضمين.

وكون أحد الشريكين في شركة الملك أجنبياً في حصة الآخر هو في التصرف المضر أما في التصرف الغير المضر كالسكنى مثلاً في الدار المشتركة وفي الأحوال التي تعد من توابع السكنى كالدخول والخروج والصعود إلى السطح (الطحطاوي) فيعتبر كل منهما صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال لأنه إذا لم يعتبر ذلك فيكون لكل شريك أن يمنع شريكه الآخر من دخول الدار والخروج منها والقعود فيها ومن وضعه أمواله وأشياءه فيها مما يوجب ذلك تعطيل ملكهما الأمر الغير الجائز (معين الحكام في الباب الثامن والأربعين منه) وفي هذه الصورة يكون الحاضر ساكناً في ملكه فلا يلزمه دفع اجرة (تعليقات ابن عابدين على البحر).

مثلاً ـ لو أعار أحد الشريكين البرذون المشترك أو أجره لآخر بدون اذن شريكه وتلف في يد المستعير أو المستأجر فالشريك مخير إن شاء ضمن شريكه حصته وإن شاء ضمنها للمستعير أو المستأجر لأن المعير أو المؤجر هنا غاصب والمستعير أو المستأجر غاصبُ الغاصب. أنظر المادتين «٨٩١ و٩١٠» وشرح المادة «٧٩٢». تكملة رد المحتار بإيضاح».

حكم إزالة التعدي في الملك المشترك بعد التعدي عليه: إذا تعدى أحد الشريكين على المال المشترك بشركة ملك ثم أزال التعدي فلا يزول الضمان. مثلاً لو أعار أحد الشريكين الحيوان المشترك لآخر بدون اذن شريكه وسلمه وبعد أن ارتكب هذا التعدي استرد الحيوان من يد المستعير فتلف الحيوان في يد الشريك المعير قبل تسليمه للشريك الآخر يضمن الشريك المعير حصة الشريك الآخر. أنظر شرح المادتين «٧٨٧ و٨١٤» فعلى هذه التفصيلات يكون قول المجلة «فتلف في يد المستعير أو المستأجر» ليس احترازياً، فلذلك لو استرد المعير أو المؤجر بعد الإعارة أو الإجارة الحيوان وتلف في يده قبل تسليمه لشريكه يكون ضامناً (تكملة رد المحتار في الوديعة).

أما إذا تعدى الشريك على حصة شريكه أثناء نوبته وهو يحافظ عليها ثم أزال التعدي فيزول الضمان «رد المحتار».

والفرق الظاهر بين هاتين المسألتين هو إذا تعدى على حصة شريكه باستعماله حصة شريكه بالذات في أمور لا يجوز للشريك استعمالها بدون إذن الآخر وأزال التعدي قبل لحوق الضرر للمال المشترك يبرأ من الضمان، أما إذا تعدى على حصة شريكه بتسليمها ليد آخر بطريق الإجارة أو

الإعارة واسترد من يد الآخر قبل لحوق الضرر للمال المشترك وأزال التعدي على هذا الوجه فلا يبرأ من الضمان[1].

كذلك إذا ركب الشريكين البرذون المشترك بلا إذن شريكه وتلف يضمن حصة شريكه في البرذون يوم ركوبه لأن الركوب على الدابة يتفاوت بتفاوت الراكبين فليس لأحد الشريكين الركوب على الدابة المشتركة بدون إذن الآخر (الطحطاوي وحاشية ابن عابدين على البحر). وكذلك إذا حمله حملاً فتلف البرذون أثناء سيره يضمن حصة الآخر وكان من اللازم أن تحذف عبارة «إذا حمله حملاً» من هذه الفقرة لأن تحميل الحيوان المشترك جائز كما هو مصرح في المادة (١٠٨٠) ومع ذلك فإذا أمكن تأويل هذه العبارة بأنه إذا حمل الحيوان بدرجة زائدة عن تحميله حسب العرف والعادة وتلف فيضمن حصة شريكه إلا أن ذلك غير مناسب للمقام على كل وجه.

وقيد «أثناء السير» هو احترازي حسب الإيضاحات المبينة آنفاً، فلذلك إذا ترك الشريك التعدي بدون لحوق أي ضرر ثم تلف الحيوان فلا يلزمه ضمان.

وكذا إذا استعمل أحد الشريكين البرذون المشترك مدة بلا اذن شريكه في الخصوصات التي لا يجوز أن يستعمله فيها كالركوب وهزل البرذون وطرأ نقصان على قيمته فيضمن حصة شريكه وقت الاستعمال في نقصان القيمة. أنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٠٠).

وقد قيدت عبارة «الإستعمال» الواردة في هذه الفقرة بالإستعمال الواقع في الخصوصات الغير الجائز استعمالها. أما لو استعمله في الخصوصات الجائز استعمالها كتحميل الحمل فيما أن له أن يستعمله بقدر حصته فلا يلزمه ضمان فيما إذا حصل نقص في قيمته كما هو مبين في المادة (١٠٨٠) أنظر مادة (٩١).

إلا أنه لأحد صاحبي الدار المشتركة السكنى فيها بدون أخذ إذن من الشريك الآخر لأنه يتعذر الاستئذان في كل حين. أنظر المادة (١٧). وعلى هذه الصورة لو سكن الشريك مدة فهو جائز ويعد ساكناً في ملكه (الطحطاوي) وحيث إنه يعد ساكناً في ملكه فلا يلزمه إعطاء اجرة من أجل حصة شريكه ولو كانت الدار معدة للاستغلال إذ أنه لا يلزم أحداً دفع اجرة مقابل سكناه في ملكه كما يفهم ذلك من حكم المادة (٤٤٢) وكما فصل ذلك في شرح المادة (٥٩٧) حتى أنه لو ظن الشريك الساكن أنه تلزمه اجرة فدفع لشريكه أجرة فله استردادها بعد ذلك (الخيرية في الإجارة). أنظر المادة (٩١). أما إذا حضر الشريك وطلب من شريكه الساكن الأجرة وسكن الشريك بعد ذلك فيلزم الشريك الساكن إعطاء الأجرة حيث إن السكنى بعد ذلك هي التزام للاجرة وقبول لها (الحامدي). أنظر المادة (٤٣٨) وكذلك لو كان شريكه صغيراً أو وقفاً أو بيت مال فيلزمه أن يدفع أجر مثل حصة الشريك. أنظر المادة (٥٩٦) وإذا احترقت الدار قضاءً أو خَلُقَتْ من سكناه المعتادة فلا يلزمه ضمان حصة الشريك. أنظر المادة (٩١) أما إذا احترقت الدار في يد الغاصب فحكم ذلك قد بين في المادة (٩٠٥).

(١) ولكن سبب الفرق بين المسألتين غير واضح فتأمل.

قيل «قضاء» لأنه لو حرقها عمداً يضمن حصة الشريك. أنظر المادة (٩٠٥) حتى انه لو أشعل أحد في داره ناراً خلافاً للمعتاد فتسبب من ذلك حصول حريق واحترقت دار جاره فيضمن قيمة دار جاره مبنية وقيمة الأشياء المحترقة التي لم يتمكن من تخليصها (البهجة). أنظر المادة (٧٠٣). وكذلك لو خربت الدار بسبب سكناه الغير المعتادة فيضمن (الدر المختار في التصرف).

﴿المادة ١٠٧٦﴾ - (لو زرع أحد الشريكين الأراضي المشتركة فلا صلاحية للشريك الآخر أن يأخذ من الحاصلات حصة كالثلث أو الربع حسب عادة البلدة، لكن إذا طرأ نقصان على الأرض لزراعتها فله أن يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته)

الأراضي المشتركة: إما أن يكون صاحبا الأرض المشتركة حاضرين أو يكون أحدهما حاضراً والآخر غائباً فإذا كانا حاضرين فليس لأحدهما أن يزرع عموم الأرض. أنظر المادة (٩٦) فإذا زرعها ففي ذلك احتمالات ثلاثة:

الإحتمال الأول - أن ينبت الزرع ويدرك أو يكون قريباً من الإدراك فإذا أدرك الزرع أو قرب من الإدراك فليس للشريك الآخر أن يأخذ حصته كالثلث أو الربع حسب عادة البلدة أو أن يأخذ اجرة حتى ولو كانت الأراضي معدة للاستغلال وحتى لو كان عرف في البلدة أن يعطي حصةً من يزرع أراضي غيره لأنه كما ذكر في شرح المادة الآنفة لا يلزم أحداً أن يدفع اجرة مقابل انتفاعه في ملكه. أنظر المادة (٥٩٧). أما إذا كان الشريك في الأراضي وقفاً أو صغيراً أو بيت مال فيلزم الشريك الزارع الأزيد من أجر المثل ونقصان الأرض. أنظر المادة (٥١٦) وشرحها.

وقيد «المشتركة» احترازي لأنه إذا لم يكن للزارع حصة فيها فالحكم على الوجه الآتي: وهو أنه لو زرع أحد أراضي الغير التي في القرية المعدة للاستغلال ينظر: فإذا كان في عرف تلك البلدة أن يعطى حصة من حاصلات تلك الأرض كالثلث أو الربع في الأرض التي تزرع بلا أمر كهذه فتؤخذ حصة من الحاصلات على ذلك الوجه. أنظر المادة (٣٦) وإذا لم يكن عرف موجود كهذا فيلزم الزارع اعطاء أجر المثل. أنظر المادة (٥٩٦).

لكن إذا نقصت الأرض بزراعته فله أن يضمن الشريك الزرع قيمة نقصان حصته حيث يكون الشريك الزارع، في هذه الحالة، غاصباً لحصة شريكه سواء كانت الأرض معدة للإستغلال أو لم تكن. أنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٢٠). والمادة (٩٠٧).

وقيد «إذا نقصت» احترازي فلذلك إذا لم يحصل نقص في الأرض بسبب زراعتها فلا يلزم شيء. (التنقيح).

كذلك لو طرأ نقصان على الأرض إلا أنه زال مؤخراً من نفسه فلا يلزم ضمان نقصان الأرض لأن ما جاز بعذر بطل بزوال ذلك العذر. أنظر المادة (٢٣) والمادة (١٠٨٥). وشرحها

الاحتمال الثاني ـ أن ينبت الزرع إلا أنه لم يدرك أو لم يقارب الإدراك، ففي هذه الصورة إذا حضر الشريك تقسم الأراضي المزروعة بينهما حسب حصصهما ويترك للشريك الزارع مقدار حصته أي لا يتعرض له فيها ويقلع الزرع الذي في حصة شريكه. أنظر المادة (١١٧٣). (الخانية في الغصب). فإذا طرأ نقصان في هذا الحال على الأرض بسبب الزراعة فيضمن الشريك الغاصب حصة شريكه.

والحكم في البناء مماثل لهذا، وهو أنه إذا أنشأ أحد الشريكين بناء في العرصة المشتركة بدون اذن شريكه وطلب الشريك رفع البناء فيقسم القاضي بطلب أحد الشريكين العرصة المذكورة فإذا أصاب البناء مقسم صاحب البناء فبها وإذا أصاب البناء مقسم الشريك الآخر فيقلع البناء ويهدم أو يشتري الشريك الآخر البناء من الشريك الباني بالثمن الذي يتفقان عليه (الفيضية).

أما إذا أنشئ البناء على جميع العرصة فتقسم العرصة أيضاً ويبقى القسم المبنى في حصة الباني للباني ويهدم القسم الذي يكون في مقسم الشريك الآخر. أنظر المادة (١١٧٣).

قيل إن هذا الاحتمال الثاني هو في صورة حضور الشريك لأن المسألة المبحوث فيها هي على هذه الصورة لأن الشريك إذا كان غائباً فلا يمكن تقسيمه كما أنه في حالة غيبة الشريك لا يكون الشريك الزارع غاصباً كما يستفاد من المادة (١٠٨٥). (رد المحتار). ففي الاحتمال لا يقلع الزرع وإذا ترك الطرفان بالرضاء المزروعات مشتركة بينهما بإعطاء الشريك نصف البذر للشريك الزارع جاز (الخانية في الغصب والدر المنتقى) لأن هذه المعاملة عبارة عن بيع نصف حصته في الزرع النابت وهو صحيح ومعتبر.

الاحتمال الثالث ـ أن لا يكون الزرع نابتاً ففي هذه الصورة إما أن ينتظر الشريك الآخر الزرع إلى حين أن ينبت ويقلعه على الصورة الموضحة في الاحتمال الثاني وإما أن يعطى مثل البذر ويتملكه على رأي أبي يوسف[1] كما فصل ذلك في المادة (٩٠٧) وشرحها.

وإذا حصل نقصان في الأرض في الإحتمال الثاني والثالث على الوجه المبين في الاحتمال الأول فيضمن الشريك الزارع حصة شريكه في نقصان الأرض.

إن حكم هذه المادة هو حق الأراضي المملوكة كالأراضي العشرية والخراجية والملك وإذا حضر أحد صاحبي الأرض المشتركة وغاب الآخر فحكمه سيبين في المادة (١٠٨٥).[2][3]

---

(١) أي يعطى مثل البذر بنسبة حصته ويتملك ذلك (المعرب).

(٢) أما في الأراضي الأميرية وإن يكن أن للشريك أن يطلب قلع الزرع بإذن صاحب الأرض إلا أنه ليس له تضمين نقصان الأرض حسب قانون الأراضي المرعى (الشارح).

(٣) إلا أنه بموجب قانون التصرف العثماني الصادر سنة ١٣٣١ يضمن الغاصب للأراضي الأميرية أجر المثل (المعرب)

﴿المادة ١٠٧٧﴾ - (لو أجر أحد الشريكين المال المشترك لآخر وقبض الاجرة يعطى الآخر حصته منها ويردها إليه)

لو أجر أحد الشريكين المال المشترك لآخر بلا اذن الشريك وقبض الأجرة فيعطى شريكه الآخر حصة من بدل الإيجار ويردها إليه، ويشارك الشريك الآخر المؤجر في بدل الإيجار بنسبة حصته في المال المشترك. وقد قال بعض الفقهاء أنه إذا أجر الشريك المال المشترك بلا اذن الشريك على الوجه المبين في هذه المادة وأخذ الاجرة فيملك الشريك المؤجر حصة الشريك الآخر من بدل الإيجار ولكن بملك خبيث وأنه ليس للشريك الآخر حق في أخذه حصته من الأجرة بطريق الحكمة والقضاء. وقد أفتى شيخ الإسلام علي أفندي على هذا الوجه. أما عند بعض الفقهاء فلا يملك الشريك المؤجر حصة شريكه الآخر ويشارك الشريك الآخر الشريك المؤجر في بدل الإيجار بنسبة حصته ويكون الشريك المؤجر مجبوراً على إداء ذلك لشريكه وأن للشريك الآخر أن يستحصل على حقه هذا بواسطة الحكم والقضاء (واقعات المفتين في الإجارة والأنقروي فيها).

ويفهم من ظاهر عبارة هذه المادة أن المجلة قد اختارت القول الثاني كما أن دائرة الفتوى في الوقت الحالي تفتي بموجب هذا القول.

ويفهم من تعبير «إذا قبض» أنه إذا لم يقبض الشريك المؤجر بدل الإيجار فلا يلزمه أن يؤدي حصة شريكه من ماله. ونظير ذلك مذكور في المادة (١٥٠٢).

وإذا كان الملك المشترك المؤجر على هذا الوجه مال وقف أو مال صغير فيلزم الضمان كما وضح في المادة (٥٩٦) وشرحها.

توجد أربع صور في إيجار المال المشترك:

الصورة الأولى - أن يؤجر الملك المشترك بلا إذن الشريك وينقضي جميع مدة الإيجار.

الصورة الثانية - أن يؤجر الملك المشترك بلا اذن الشريك وينقضي ثلث مدة الإجارة مثلاً، والمقصود في هذه المادة هو الإجارة التي انقضت مدتها تماماً او انقضى جزء منها أي بدل الإيجار العائد للمدة التي انقضت من الإجارة بلا إجازة.

الصورة الثالثة - أن يؤجر المال المشترك بلا اذن الشريك ويجيز الشريك الآخر تلك الإجارة قبل انقضاء أي مدة من مدة الإجارة.

الصورة الرابعة - أن يؤجر المال المشترك بلا اذن الشريك وبعد انقضاء ثلث مدة الإجارة يجيز الشريك الآخر الإجارة في المدة الباقية أي في الثلثين، ففي الصورة الثالثة يلزم اعطاء حصة الشريك الغير المؤجر من بدل الإجارة أي كل حصته في الصورة الثالثة. وحصته عن المدة الباقية في الصورة الرابعة وللشريك الآخر الاستحصال على حصته من شريكه المؤجر بحكم القاضي كما يستفاد من حكم المادة (٤٤٧) ولا يجري في هاتين الصورتين الاختلاف السالف الذكر.

قيل شرحاً «بلا اذن الشريك» لأنه إذا أجر بإذن شريكه يكون الشريك المؤجر قد أجر حصته أصالة وحصة شريكه وكالة فيجب أن يقسم بدل الإجارة على موجب المادة (١٠٧٣) أنظر المادة (١٤٥٩) .

وبعد إيضاح هذه المادة على هذا الوجه توجد مسألتان يجب حلهما:

المسألة الأولى ـ قد ذكر في المادة (٤٤٧) أن من جملة شروط إجازة اجارة الفضولي بقاء المنفعة المعقود عليها، وبما أن المنفعة تتلف بمرور مدة الإجارة فالإجازة لا تجوز. فلذلك لو أجر أحد فضولاً حانوت آخر وانقضت مدة الإجارة فاجازة صاحب الحانوت بعد انقضاء مدة الإجارة غير جائزة ويكون بدل الإيجار مالاً للمؤجر الفضولي وليس لصاحب الحانوت أن يأخذ بدل الإيجار حكماً وقضاء من المؤجر الفضولي مع أنه يأخذه في هذه المادة فما هو الفرق الموجب لاختلاف الأحكام بين هاتين المسألتين؟

المسألة الثانية ـ هل أن يد الشريك المؤجر على بدل الإيجار العائد للشريك الآخر في هذه المادة هي يد أمانة فلذلك إذا تلف بدل الإيجار في يده بعد القبض بلا تعد ولا تقصير لا يلزمه ضمان كما هو الحال في المال المقبوض من جهة الوكالة. أنظر المادة (١٤٦٣) . أو أن يده ضمان فلذلك إذا تلف بدل الإيجار في يد الشريك المؤجر بعد قبضه له بلا تعد ولا تقصير يلزمه ضمان؟ إن يد الضمان هي أعلى من يد الأمانة. وأظن أنه يجب أن نقبل أنها يد أمانة حتى نجد نقلاً ودليلاً على أنها يد ضمان (الشارح) .

وإذا اقتضى إيجاد فرق بين هذه المادة والمادة (١٠٨٤) فإن هذه المادة تبين الحكم في حالة حضور الشركاء والمادة (١٠٨٤) تبين الحكم في حالة غيبة أحد الشركاء إلا أن حكم المادتين متساو وذلك لو أجر أحد الشريكين لآخر الملك المشترك فعليه أن يرد لشريكه حصته من بدل الإيجار سواء كان الشريك حاضراً أو كان غائباً.

﴿المادة ١٠٧٨﴾ ـ (يسوغ للحاضر أن ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حالة غيبة الشريك الآخر إذا وجد رضاؤه دلالة كما سيبين في المواد الآتية)

إذا كان أحد الشريكين غائباً والآخر حاضر فيسوغ للشريك الحاضر أن ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حالة غيبة الشريك الآخر إذا وجد رضاء الشريك الغائب بانتفاع شريكه من الملك المشترك. صراحة أو دلالة على الوجه المبين في المواد الآتية الذكر لأن الإذن دلالة كالإذن صراحة حسب المادة (٧٧٢) أما إذا لم يوجد اذن صراحة أو دلالة من الشريك الغائب فليس للشريك الحاضر أن ينتفع من الملك المشترك أنظر المادة (١٠٧٥) ورضاء الغائب صراحة هو أن يإذن شريكه قبل الغيبة أو يأذنه بعد الغيبة بواسطة كارسال كتاب له.

والمقصود من الغائب هنا غير الغائب المفقود بل هو الشريك الذي لا يكون في البلدة الموجود فيها الملك المشترك لكنه موجود في بلدة أخرى حيث يطلق المفقود على الغائب غيبة منقطعة وإن يكن قد

استعملت لفظة غائب بمعنى الموجود في محل بعيد مدة السفر في المادة (٧٩٩) إلا أن كلمة الغائب في هذه المادة من المجلة هي ضابط للمواد الآتية.

﴿المادة ١٠٧٩﴾ ـ يعد الغائب راضياً عن انتفاع الشريك الحاضر بالملك المشترك على وجه غير مضر بالغائب)

يعد الغائب راضياً عن انتفاع الشريك الحاضر بالملك بقدر حصته في هذا الملك على وجه غير مضر بالغائب، وعليه فله الانتفاع على الوجه المذكور، وهذا الرضاء هو من قبيل الرضاء دلالة.

والإنتفاع بصورة غير مضرة يكون في الصور الآتية كما يتضح ذلك من المواد الآتية وهي:

١ ـ تحميل الحيوان المشترك حملاً والحرث عليه واستخدام الأجير المشترك لوقت الزوال.

٢ ـ السكنى في الدار المشتركة.

٣ ـ زراعة الأرض المشتركة إذا كانت الزراعة غير مضرة بها.

٤ ـ أن يقوم على الكرم المشترك.

ولا يعد الشريك الغائب راضياً عن انتفاع الشريك الحاضر بصورة مضرة للغائب فعليه يجب في ذلك رضاء الغائب صراحة.

والتصرف بصورة مضرة كما يفهم من المسائل الآتية هو:

١ ـ لبس احد الشريكين الثياب المشتركة وركب البرذون المشترك.

٢ ـ سكنى الشريك الكثير العائلة في الدار المشتركة.

٣ ـ زراعة احد الشريكين الأرض المشتركة التي يضرها الزرع.

وفي هذه المادة وفي المادة الآنفة عرف الرضاء دلالة.

المادة (١٠٨٠) ـ (لا يوجد رضاء من الغائب دلالة في الانتفاع بالملك المشترك الذي يختلف باختلاف المستعملين. بناء عليه ليس لأحد صاحبي الثياب المشتركة لبسها في غياب الآخر، وكذلك ليس لاحدهما أن يركب البرذون المشترك بينهما في غياب الآخر. أما في الأمور التي لا تختلف باختلاف المستعملين كتحميل الحمل والحرث فله الاستعمال بقدر حصته، وكذلك إذا غاب أحد الشريكين فله استخدام الخادم الأجير المشترك يوماً بعد يوم)

لا يوجد رضاء من الغائب دلالة في انتفاع الشريك الحاضر بالملك المشترك الذي يختلف باختلاف المستعملين حتى بقدر حصته لأنه تصرف مضر أي لا يجوز استعمال تلك الأموال بداعي وجود رضاء دلالة. أما إذا وجد رضاء صراحة فيجوز استعمالها كما وضح في شرح المادة (١٠٧١).

والاموال التي تختلف باختلاف المستعملين قد ورد ذكرها في المواد (٤٢٧ و٥٣٦ و٥٥١ و٥٥٢ و٥٥٣).

فلذلك ليس لاحد صاحبي الثياب المشتركة لبسها بلا اذن في غياب الشريك واذا لبسها يعد غاصباً ويضمن حصة شريكه اذا تلفت (رد المحتار) لأن لبس الثياب يختلف باختلاف اللابس.

كذلك اذا لم تتلف الثياب وطرأ نقصان على قيمتها فيضمن حصة شريكه في النقصان.

وكذلك ليس لاحد الشريكين أن يركب البرذون المشترك في غياب الشريك الآخر أي بلا اذنه، يعني لو كان برذون مشتركا بين اثنين وغاب احدهما فليس للشريك الحاضر الانتفاع بالبرذون بأن يركبه يوما ويتركه يوما لان ركوب من لا يحسن الركوب مضر بالحيوان اكثر من ركوب من يحسنه ولذلك فالركوب على الحيوان يختلف باختلاف الراكبين وعلى هذا الحال اذا ركب الشريك الحيوان وتلف يضمن حصة شريكه (ابو السعود المصري في الغصب، وعبد الحليم في الاجارة).

وعبارة «في غيابه» الواردة في هذه المادة هي مستعملة بمعنى بلا اذن حتى انه قد استعملت عبارة «اذن شريكه» في كتاب لسان الحكام محل في غيابه. وعلى ذلك فليس لاحد الشريكين ولو كان شريكه غير غائب ان يركب البرذون المشترك بلا اذن شريكه.

اما في الامور التي لا تختلف باختلاف المستعملين كتحميل الحمل والحرث فلأحد صاحبي البرذون المشترك في غياب شريكه ان يستعمله في الاعمال المذكورة وفي الحرف بقدر حصته (رد المحتار) وهو انه اذا كان الحيوان مشتركا بينهما مناصفة فيستعمله الشريك في هذه الاعمال يوماً ويتركه يوماً واذا كانت حصته في الحيوان ثلثا فيستعمله في تلك الاعمال يوما ويتركه يومين خالياً فاذا استعمله على هذا الوجه وتلف الحيوان بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم المستعمل ضمان. انظر المادة (٩١).

ويشار بقيد «بقدر حصته» الى انه اذا استعمله اكثر من حصته فيعد غاصباً وان يكن قد ذكر في المادة (١٠٧٥) انه اذا حمل البرذون حملاً بلا اذن الشريك وتلف اثناء السير فيضمن الشريك الا ان الايضاحات المقتضية في ذلك الخصوص قد وضحت هناك.

كذلك اذا غاب احد الشريكين فللشريك الآخر ان يستخدم الخادم الأجير مشتركا يوما بعد يوم اي انه اذا كان الخادم اجيرا مشتركا بينهما مناصفة فيستخدمه يوما لحصته ويتركه يوما لحصة شريكه فاذا استخدمه مستمرا فيكون غاصباً حصة شريكه ويضمن في حالة التلف (لسان الحكام).

وقد اختلف في جواز الاستخدام على هذا الوجه فقال الطحطاوي في كتاب الغصب: ان الاستخدام المذكور غصب على القول الراجح، إلا ان المجلة قد اختارت القول القائل بالجواز بيد أنه يمكن أن يقال: أن سكنى ذوي العائلة الكثيرة في دار يختلف باختلاف المستعملين واستعمال الخادم إذا كانت الأعمال كثيرة يختلف أيضاً باختلاف المستعملين (رد المحتار). ولعل المجلة بتغييرها الأسلوب وقولها (وكذلك إذا غاب الخ) هو للإشارة إلى ذلك.

والمقصود من الخادم هو الرقيق يعني أن استخدام العبد المشترك بين اثنين يكون على هذا الوجه ولكن لو استعملت عبارة «الخادم المشترك بينهما» بدلاً من عبارة «الخادم الأجير المشترك» لكان أنسب وأوضح.

﴿المادة ١٠٨١﴾ ـ (السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعملين فعليه إذا غاب أحد صاحبي الدار فللآخر الانتفاع بالدار على وجه كأن يسكن ستة أشهر فيها وأن يتركها ستة أشهر لكن إذا كانت عائلته كثيرة فتصبح من قبيل المختلف باختلاف المستعملين ولا يكون للغائب رضاء دلالة في ذلك)

السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعملين. أنظر المادتين (٤٢٨ و٥٢٨) وفي هذه الصورة يعد الغائب راضياً عن انتفاع شريكه الحاضر بالملك المشترك بحسب المادة (١٠٧٩).

فعليه إذا غاب أحد صاحبي الدار المشتركة مناصفة يعني غير المقسومة فالآخر مخير إن شاء انتفع بتلك الدار بقدر حصته فقط وهو أن يسكن جميع الدار المذكور بالذات ستة أشهر وأن يتركها ستة أشهر وينتفع منها على هذا الوجه بقدر حصته (أبو السعود المصري في الغصب) لأنه قد ذكر في شرح المادة (١٠٧٥) أن للشريك السكنى في الدار المشتركة بلا اذن حال حضور شريكه وعليه فله هذا الحق فيما لو غاب شريكه ولا يحرم منه بسبب غيبة شريكه، ولأنه يتعذر الأستئذان في كل مرة من الشريك والسكنى بالذات في الدار المشتركة على الوجه المبين في هذه المادة، وإن كانت غير جائزة ديانة قياساً إلا أنها قد جوزت استحساناً.

وسكنى الشريك الحاضر الوارد ذكرها في هذه المادة هي السكنى بالذات، أما إسكان غيره فكما أنه ليس له ذلك في حضور شريكه فليس له أيضاً ذلك في غيابه (التنقيح ومعين الحكام). أنظر مادتي (٤٦ و٩٦).

وفي الإنتفاع من الدار المشتركة على هذا الوجه روايتان:

الأولى: الرواية المشهورة وهي تقضي بأن للشريك الحاضر الانتفاع زماناً بقدر حصته، يعني أن يسكن الشريك الحاضر كل الدار المشتركة مناصفة مدة ستة أشهر وأن يتركها ستة أشهر أو أن يسكنها سنة وأن يتركها سنة أخرى فإذا انتفع الشريك الحاضر على هذا الوجه بقدر حصته فليس للشريك الغائب عند حضوره أن يقول «إنني أسكن الدار مثلك ستة أشهر وأتركها ستة أشهر» بل أنهما يتصرفان في الدار المشتركة على الوجه المبين في المادة (١٠٧٠).

الثانية: الرواية الغير المشهورة وهي أن ينتفع الشريك الحاضر من الدار المشتركة بقدر حصته فيسكن في نصف معين من الدار دائماً.

مثلاً لو كانت الدار المشتركة كبيرة تحتوي على قسمين قسم للعيال وقسم للضيوف فيسكن الشريك في قسم العيال مثلاً ويترك القسم الآخر خالياً.

ويفهم أن المجلة قد اختارت الرواية الأولى إلا أن ذكر كاف التشبيه يجعل محلاً للظن بأن الحكم شامل للرواتين معاً ولكن كاف التشبيه هنا معطوفة على مدة السكنى كما بين شرحاً وليست معطوفة على الإنتفاع لأنه إذا اعتبرت معطوفة على الانتفاع فيحمل ذلك على جمع قولين مختلفين وهو غير مناسب.

وإن شاء انتفع بالدار بأكثر من حصته أي بكل الدار لأنه يفهم من الفقرة الأخيرة من المادة (١٠٨٣) «إنه إذا غاب أحد صاحبي الدار المشتركة فللشريك الحاضر أن يسكن في كل الدار مستمراً مدة غياب شريكه إذا كانت السكنى لا تنقص من قيمة الدار، لأن السكنى على هذا الوجه غير مضرة بالشريك الغائب بل أنها نافعة بموجب الفقرة الأخيرة من المادة (١٠٨٣).

فعليه أن يسكن في جميع الدار متمادياً لأن في السكنى المذكورة فائدة للغائب والحاضر معاً ومنفعة الحاضر في ذلك ظاهر، أما منفعة الغائب فهي إذا سكن الحاضر في جميع الدار فللغائب حق عند حضوره أن يسكن الدار المذكورة بمقدار سكنى الحاضر فيها والحكم في الأراضي أيضاً هو على هذا الوجه المشروح (الخانية في المزارعة) فلذلك ليس في هذه المسألة فرق بين السكنى في الدار وزراعة الأرض. وقد تركت المجلة الشق الثاني من هذا الخيار من هذه المادة وأتت به في المادة (١٠٨٥) وبينت الشق الأول من هذا الخيار في هذه المادة وتركت ذكره في المادة (١٠٨٥) وحصول هذه الصنعة في الكلام يطلق عليها احتباك وهو حذف الكلام الأول في الأول الذي يثبت نظيره في الثاني وحذف الكلام الثاني الذي يثبت نظيره في الأول وقد اخترع متأخروا العلماء هذه الصنعة في الكلام، والإحتباك هو من ألطف وأبدع أنواع البديع ويدعى أيضاً حذف المقابل كقوله تعالى ﴿ويعذب المنافقين إن شاء فلا يتوب عليهم، أو يتوب عليهم فلا يعذبهم﴾ وكقوله تعالى ﴿هو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه والنهار مبصراً﴾ أي جعل لكم الليل مظلماً لتسكنوا فيه والنهار مبصراً لتبتغوا من فضله.

جواز السكن في جميع الدار: إن سكنى الشريك في الدار المشتركة مدة ستة أشهر وتركها مدة ستة أشهر كما هو مذكور في المجلة هو في صورة عدم الخوف من خراب الدار، أما إذا خيف من خراب الدار إذا تركت خالية مدة فللشريك الحاضر أن يسكن في جميع الدار لأنه في هذه الحالة لا يكون انتفاع الشريك مضراً بالغائب بل يكون نافعاً له إذ تصان وتحفظ حصة الغائب من الخراب وعليه فالسكنى في كل الدار في هذه الصورة تكون من قبيل المادة (١٠٧٩) كما أنه للقاضي تأجير تلك الدار كما هو مذكور في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة (الخانية في المزارعة وتعليقات ابن عابدين على البحر ورد المحتار) ولكن هل للغائب إذا حضر في هذه الصورة أن ينتفع بذلك المقدار على الوجه المبين في الفقرة الثانية من المادة (١٠٨٣).

أما إذا كان أولاد وعيال الشريك الحاضر كثيرين فتكون سكنى الدار مختلفة باختلاف المستعملين مثل الركوب على البرذون ولبس الثياب بل أنه يوجد في سكى الدار على هذه الصورة اختلاف وتفاوت في استعمال المستعملين أكثر من التفاوت في ركوب الحيوان ولذلك لا يعتبر أن للغائب رضى في ذلك ولا يكون للشريك الحاضر حق الإنتفاع بقدر حصته (رد المحتار) أي أنه ليس للشريك

الحاضر أن ينتفع بسكنى الدار المشتركة مناصفة مدة ستة أشهر وأن يتركها مدة ستة أشهر. أنظر شرح المادة (١٠٧٨).

أما إذا أذن الشريك الغائب الشريك الحاضر صراحة بالانتفاع فلا شك ان له الانتفاع لأن هذا الإذن مما يكون إجارة أو اعارة وهما من العقود المشروعة.

المادة (١٠٨٢) - لا يجوز للحاضر أن يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة إذا كانت حصصهما مفرزة عن بعضها، لكن إذا خيف خرابها من عدم السكنى فالقاضي يؤجر هذه الحصة المفرزة ويحفظ أجرتها للغائب.

لا يجوز للحاضر أن يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة إذا كانت حصصهما مفرزة ومقسومة عن بعضها حيث يكون ذلك من قبيل سكنى الأجنبي في دار الآخر من غير حق وليس له إيجار تلك الحصة لآخر بلا أمر القاضي قياساً على المادة (١٠٨٤). أنظر المادة (٩٦) فإذا سكن كان غاصباً وتجري في حقه الأحكام المتعلقة بغصب العقار. أنظر المادة (٩٠٥).

أما إذا قيل كيف يصح تعبير «المشتركة» مع كونها مفرزة؟ فنجيب على ذلك بأنه لم يكن المقصود من المشتركة الاشتراك شائعاً بل الإشتراك في بعض جهاتها كأن يكون مثلاً الحائط الفاصل بينهما مشتركاً. أو أن يكون هذا التعبير مجازاً بعلاقة الكون السابق ومن قبيل ما ورد الآية الكريمة ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ ومع ذلك فعندما بينت هذه المسألة في الطحطاوي لم يستعمل تعبير المشتركة فكان الأولى أن لا يستعمل لفظ المشتركة في المجلة.

لكن إذا خيف خراب الدار من عدم السكنى فالقاضي إذا أخبر يؤجر هذه الحصة المفرزة، ويحفظ اجرتها للغائب لأن للقاضي صلاحية بيع أموال المفقود العاجز عن التصرف بأمواله لنفسه وبيع عقاره الذي يخشى خرابه وحفظ ثمنه (مجمع الأنهر وواقعات المفتين بتصرف).

المادة (١٠٨٣) - (إنما تعتبر وتجري المهايأة بعد الخصومة، فعليه إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة في جميع الدار مدة مستقلاً بدون أن يدفع اجرة عن حصة الآخر فلا يسوغ لشريكه أن يقول له: أما أن تدفع لي اجرة حصتي عن تلك المدة وأما أن أسكن بقدر ما سكنت. إلا ان له إن شاء تقسيم الدار إن كانت قابلة للقسمة وإن شاء طلب المهايأة على أن تكون معتبرة من بعد ذلك أي من تاريخ المخاصمة. ولكن إذا غاب أحد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة - كما بين في المادة الآنفة - فللغائب عند حضوره أن يسكن فيها بقدر تلك المدة).

إنما تعتبر وتجري المهايأة أي المهايأة بحكم القاضي بعد الخصومة ولا تدخل المدة التي مرت

قبل الخصومة في الحساب، ويندفع بهذا الشرح السؤال الآتي: وهو أن المهايأة تكون أيضاً بتراضي الطرفين بلا خصومة، فقول المجلة أنها لا تصح إلا بعد الخصومة غير صحيح والمهايأة قد ذكرت في الفصل التاسع من الباب الثاني الذي يبتدئ من المادة (١١٨٤) وذكرها هنا لتكون أساساً للتفريعات الآتية وبالتبع.

فعليه إذا سكن أحد صاحبي الدار المملوكة المشتركة في جميع الدار المشتركة بلا اذن الشريك مدة مستقلاً وكان أحدهما حاضراً وموجوداً بدون أن يدفع اجرة حصة الآخر أي بدون أن يتقاولا على الأجرة، يعقدا عقد الإيجار فهذه السكنى جائزة حسب المادة (١٠٧٥) ولا يسوغ لشريكه أن يقول له: إما أن تدفع لي اجرة حصتي استناداً على المادة (٥٩٧) عن المدة التي سكنتها مستقلاً وإما أن أسكن بقدر ما سكنت حسب الفقرة السالفة من هذه المادة. وإنما له إن شاء طلب القسمة إن كانت الدار قابلة للقسمة وإن شاء طلب المهايأة سواء كانت الدار قابلة للقسمة أو لم تكن، إذا لم يطلب أحد الشريكين القسمة، على أن تكون معتبرة من بعدها أي من تاريخ المخاصمة والحكم. وإذا طلب أحد الشريكين التقسيم وطلب الآخر المهايأة فيرجح طلب التقسيم كما هو مذكور في المادة (١١٨٢). وإن شاء يسكن في الدار كما في السابق بالاشتراك. أنظر المادة (١٠٧٠).

قيل «بدون أن يدفع اجرة» أي بدون أن يتقاول مع شريكه على الاجرة لأنه إذا استأجر أحد صاحبي الدار حصة شريكه فيلزمه دفع الأجر المسمى في الاجارة سواء سكن في الدار أو لم يسكن. أنظر المادة (٤٢٩) كما أنه إذا كانت الإجارة المذكورة فاسدة وسكن فيلزمه دفع أجر المثل.

وهذا التفريع الذي فرعته المجلة يشتمل على حكمين:

الحكم الأول: ليس للشريك أن يطلب من الشريك الساكن اجرة عن المدة التي سكنها شريكه ولو كانت الدار معدة للاستغلال. لأنه كما ذكر في شرح المادة (١٠٧٥) أن الأصل في سكنى الدار المشتركة وفي توابع السكنى اعتبارها كالملك المستقل ولكل شريك منهما الانتفاع بالسكنى وتوابعها كأنها ملكه المخصوص المستقل لأنه إذا لم يعتبر ذلك يمتنع على كل شريك أن يدخل تلك الدار وأن يقعد فيها وأن يضع أمتعته إذا لم يأذنه شريكه مما يوجب ذلك تعطيل منافع ملكها الأمر الغير الجائز. وفي هذه الصورة يكون الشريك الممتنع ساكناً في ملكه ومنتفعاً به فلا تلزمه اجرة طبعاً. أنظر المادة (٤٤٢) (حاشية البحر لابن عابدين) حتى أنه لو أعطى الشريك الساكن اجرة لشريكه على ظن أنه تلزمه الأجرة فله استردادها بعد ذلك. أنظر المادة (٧٢). (الخيرية في الإجارة). وهذا الحكم فرع للمادة (٥٩٧) ولا يفيد شيئاً أكثر منها.

الحكم الثاني: ليس للشريك الغائب أن يقول لشريكه الحاضر: إنني أسكن بقدر ما سكنت وهذا الحكم متفرع عن الفقرة الأولى من هذه المادة (الفيضية).

وقد قيدت الدار شرعاً بالدار «المملوكة» لأنه إذا كانت الدار وقفاً فيلزم الضمان على كل حال،

سواء وجد تأويل ملك أو تأويل عقد أو لم يوجد، أي ضمان الأكثر من أجر المثل أو ضمان النقصان والأنفع للوقف. أنظر الفقرة الثانية من المادة (٥٩٦) سواء كان العقار الموقوف مشروط السكنى للشريكين أو مشروطاً للاستغلال ويأخذ المتولي أو بدل الضمان ويحفظه للوقف (النتيجة والأنقروي وواقعات المفتين). وليس للمتصرف في ذلك الوقف بالإجارتين المداخلة في بدل الإيجار أو بدل الضمان كما بين في شرح كتاب الإجارة.

إن حكم الفقرة الآنفة هو في صورة حضور كلا الشريكين، ولكن إذا غاب أحدهما فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كما مر بيانه في المادة الآنفة. والحال أنه لم يذكر في المادة الآنفة شيء من ذلك لأن المادة الآنفة هي المادة (١٠٨٢) كما أنه لا يصح أن تقصد من العبارة المادة (١٠٨١) لأنه قد ذكر في تلك المادة أن للشريك الحاضر أن ينتفع بقدر حصته فقط ولم تجز التجاوز على حصة الغائب كما أنه لم يذكر شيء في متنها مما يجوز ذلك. فلذلك ليس للغائب عند حضوره أن يقول لشريكه الساكن: أخرج من الدار لأسكن فيها بقدر ما سكنت. ويقصد من تعبير المادة الأنفة الوارد في هذه الفقرة فقرة هذه المادة المشروحة التي تبتديء بعبارة «فعليه لا يسوغ لشريكه الخ» فلذلك إذا علم أن السكنى في الدار لا يورثها نقصاً فللشريك الحاضر السكنى في كل الدار، ولو لم يخف من خراب الدار إذا تركت خالية لأنه بالسكنى على هذا الوجه قد حوفظ على منفعة الحاضر وحوفظ أيضاً على منفعة الغائب الذي له الحق عند حضوره السكنى في الدار بقدر المدة التي سكنها الشريك الحاضر، والحكم في الأراضي المشتركة هو على هذا الوجه كما بين في الفقرة الأولى والثانية من المادة (١٠٨٥). (واقعات المفتين والخانية في المزارعة). وقد بين هذا مفصلاً في شرح المادة (١٠٨١) وفي هذا الحال إذا سكن الشريك الحاضر مدة في جميع الدار مستقلاً فللغائب عند حضوره السكنى مستقلاً في تلك الدار بقدر تلك المدة. وقد جوزت هذه الفقرة الأخيرة استحساناً.

وإن يكن قد ذكر صاحب القنية أنه إذا حضر الغائب فليس له أن يطلب سكنى الدار بقدر تلك المدة، فيلزم أن يكون في هذه المسألة روايتان: الرواية الأولى، هي التي ذكرها صاحب القنية. والرواية الأخرى هي التي ذكرتها المجلة، وتكون المجلة قد اختارت الرواية الثانية. (الدر المختار). لأنه إذا غاب الشريك فيعد بأنه راض دلالة عن انتفاع شريكه الحاضر حيث يكتسب الغائب عند حضوره حق الانتفاع بقدر انتفاع الحاضر، فلذلك لا يكون في هذه السكنى مضرة للغائب بل أن له منفعة فيها.

الخلاصة: أنه إذا سكن أحد الشريكين في كل الدار المشتركة أثناء حضور شريكه بلا اذنه فليس للآخر حق السكنى توفيقاً لضابط «تعتبر المهايأة بعد الخصومة» أما إذا كان أحد الشريكين حاضراً والآخر غائباً وسكن الحاضر في جميع الدار فللغائب عند حضوره أن يسكن في جميع تلك الدار، وليس للحاضر أن يقول له: إن المهايأة تعتبر بعد الخصومة. وسبب اختلاف حكم المسألة في حالتي الحضور والغيبة والفرق بين الحكمين قد ذكر آنفاً.

المادة (١٠٨٤) - (إذا أجر الشريك الحاضر الدار المشتركة وأخذ حصته من

اجرتها وحفظ حصة الغائب وأوقفها جاز، وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه).

إذا أجر أحد الشريكين الحاضر كل الدار المشتركة أو قسما منها بدون أن تكون لديه وكالة سابقة من الغائب أو اجازة لاحقة أو أسكن أحداً فيها فهذا غير لائق لأن التصرف في ملك الغير حرام. أنظر المادتين (٤٦ و٩٦). وقد ذكر في المادة (١٠٧٥) أن كل واحد من الشريكين في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر وليس أحدهما وكيلاً عن الآخر. أنظر المادتين (٤٤٦ و٤٤٧) ولكن لو أجر الشريك الحاضر الدار وأخذ من اجرتها حصته وحفظ وأوقف حصة الغائب عنده جاز أي أنه لو أجر الشريك الحاضر الدار المشتركة للغير فلا يمنع قضاء حيث إنه إذا تصرف أحد في الملك الذي في يده لا يمنع من التصرف قضاء ما لم يوجد منازع له (التنقيح ومعين الحكام) لأنه يشترط في القضاء والحكم سبق الدعوى. أنظر المادة (١٨٢٩). وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه، أما إذا لم يوقف حصة الغائب عنده واستهلكها أو أوقفها وامتنع عن ردها للغائب عند حضوره فهل للغائب حين الحضور أن يضمن المستهلك ويأخذ الموجود جبراً؟ أنظر شرح المادة (١٠٧٧) لحل هذه المسألة.

كذلك لو أجر أحد صاحبي الدار المشتركة بعضاً منها وأخذ اجرتها بالحكم أيضاً على الوجه المشروح، مثلاً لو كان أحد صاحبي الدار المشتركة غائباً فأجر الشريك الحاضر جانباً من تلك الدار باجرة معلومة فأخذ من الاجرة حصته وأوقف حصة الآخر جاز وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه (التنقيح).

قيل «بلا اذن» لأنه لو كان لدى الحاضر وكالة من الغائب فالإجارة جائزة بموجب المادة (١٤٥٩) ويكون للغائب حصة في بدل الإجارة .كما أن الحكم هو على هذا الوجه في الإجارة اللاحقة إلا أنه تجري في ذلك التفصيلات المذكورة في المادة (٤٤٧) وشروحها.

المادة (١٠٨٥) ـ (إذا غاب أحد صاحبي الأراضي المشتركة وكان معلوماً أن زراعتها لا توجب نقصاناً في الأرض بل نافعة لها فللشريك الحاضر أن يزرع كامل تلك الأراضي وإذا زرعها فللغائب عند حضوره أن يزرع تلك الأراضي بذلك المقدار. وأما إذا كانت زراعتها توجب نقصان الأرض وتركها نافع لها ومؤد لخصبها فيعتبر أنه لا يوجد اذن دلالة من الغائب بزراعتها، فلذلك للشريك الحاضر أن يزرع من تلك الأراضي بمقدار حصته فقط كنصفها إذا كانت مشتركة مناصفة. وإذا كان يريد الزراعة تكراراً في السنة الآتية فيزرع أيضاً ذلك النصف وليس له أن يزرع في سنة أحد طرفيها وفي السنة الأخرى الطرف الآخر، وإذا زرع جميع تلك الأراضي فللغائب عند حضوره أن يضمنه حصته من نقصان الأرض. والتفصيلات السابقة هي في حالة عدم مراجعة

الحاضر القاضي، أما إذا راجع القاضي فالقاضي يأذنه في زراعة جميع تلك الأراضي منعاً لضياع عشر أو خراج تلك الأرض، وعلى هذه الحال لا يكون للغائب عند حضوره حق بإدعاء نقصان الأرض)

إذا غاب أحد صاحبي الأراضي المشتركة وكان معلوماً أن زراعتها لا توجب نقصاناً في الأرض بل نافعة لها على كل وجه فالشريك الحاضر مخير إن شاء زرع منها بمقدار حصته: مثلاً لو كانت الأرض مشتركة مناصفة فيزرع النصف وإذا أراد الزراعة في السنة الآتية فيزرع النصف الذي زرعه في المرة الأولى وليس له أن يزرع في سنة طرفاً من الأرض وأن يزرع في السنة الأخرى الطرف الآخر وفي هذه الحالة يزرع الغائب عند حضوره نصفه ولا يجري في هذه الصورة حكم الفقرة الثانية من هذه المادة، كذلك لو توفي أحد الشريكين فللشريك الذي في قيد الحياة أن يزرع نصف الأراضي المشتركة (جامع الفصولين). وإن شاء زرع كامل تلك الأراضي لأنه إذا زرع الشريك الحاضر كامل الأرض فللغائب عند حضوره أن يزرع تلك الأرض تلك المدة كما هو مبين في الفقرة الآتية وفي ذلك منفعة للغائب فيعد أنه راض بذلك دلالة (الدر المختار). أنظر المادة (١٧٨).

وقيد «نافع» للاحتراز من أن يكون مضراً وليس احترازاً من حالة أن لا يكون نافعاً وأن لا يكون مضراً لأنه لو كانت الزراعة غير نافعة ولكنها لا توجب نقصان الأرض ولم تكن مضرة فللشريك أن يزرع كامل تلك الأرض أي أن للشريك في الصورتين زراعة تمام الأرض أولاهما في حالة كون الزراعة نافعة للأرض، الثانية في حالة أن لا تكون نافعة ولا مضرة لها (الخانية في المزارعة والهندية في الباب العاشر من الغصب).

ويستفاد من عبارة «نافعة» أنه إذا كانت المنفعة والمضرة متساوية في زراعة الأرض، أي كانت من جهة منفعة في زراعتها ومن جهة مضرة فالظاهر أن لا يكون حق للشريك الحاضر في زراعتها أنظر المادة (٤٦). (الدر المنتقى والطحطاوي).

وفي حالة زراعة كل الأرض للغائب أن يزرع كل الأرض عند حضوره بقدر المدة التي زرعها الشريك الحاضر، يعني مثلاً إذا زرع الشريك الحاضر الأرض مدة سنتين فللغائب عند حضوره حق في زراعتها مدة سنتين.

ومسألة المجلة هي باعتبار أن الشريكين اثنان والاشتراك بينهما مناصفة، أما إذا كان الشركاء أكثر من اثنين أو لم يكن الاشتراك مناصفة فالحكم في ذلك يفهم من هذه المسألة. وإن يكن أنه بموجب ضابط «تعتبر المهايأة بعد الخصومة» الوارد ذكره في شرح المادة (١٠٧٣) يلزم أن لا يكون للغائب حق في زراعة الأرض تلك المدة إلا أنه قد رويت هذه المسألة عن الإمام محمد على هذا الوجه وقد استحسنها مشايخ الإسلام وعليه الفتوى (رد المحتار).

وليس للشريك الحاضر أن يزرعها في صورتين:

الصورة الأولى ـ إذا كانت الزراعة توجب نقصان الأرض فليس له زراعة أي مقدار منها.

الصورة الثانية ـ إذا كان ترك الزراعة نافعاً للأرض وموجباً لخصبها فليس له أن يزرع أي مقدار منها.

حيث انه في هاتين الصورتين لا يكون الغائب راضياً دلالة بزراعة أي مقدار من الأرض (رد المحتار والتنقيح) فإذا زرعها كان غاصباً وللغائب عند حضوره أن يضمنه حصته من نقصان الأرض، ويفهم من التفصيلات السالفة أن المانع للزراعة في هذه الفقرة سببان وإن يكن ظاهر العبارة يرى بأن السببين هما سبب واحد.

فلذلك للشريك الحاضر أن يزرع من تلك الأراضي بقدر حصته فقط كأن يزرع نصفها إذا كانت مشتركة مناصفة. والظاهر أن هذه الفقرة متفرعة عن فقرة «إذا كانت زراعتها توجب نقصان الأرض الخ» ولا يمكن تفريعها على جهة أخرى مع أنه قد ذكر في الكتب الفقهية وذكر أيضاً آنفاً أنه في هذه الصورة أي في حال كون الزراعة توجب نقصان الأرض وتركها نافعاً لها ليس للشريك الحاضر أن يزرع أي مقدار من تلك الأراضي. والحكم في الدار هو حسب هذا المنوال المشروح كما هو مذكور في المادة (١٠٨١) وعلى ذلك يجب حذف هذه الفقرة من هذه المادة كما أنه يجب طي الفقرتين الآتيتين (جامع الفصولين ورد المحتار والواقعات والهندية في المزارعة في الباب العاشر).

وإذا كانت زراعة الأرض غير مضرة بها بل كانت نافعة لها فالشريك الحاضر مخير ـ كما ذكر آنفاً ـ بين زراعة كل الأرض وبين زراعة مقدار منها بقدر حصته، وحيث ان المجلة تذكر هذا القسم من الخيار فقد اختل معنى هذه الفقرة مع معنى الفقرة الآتية.

وإذا أراد تكرار زراعة الأرض المشتركة في السنة الآتية فيزرع ذلك النصف أي النصف الذي زرعه في السنة السابقة وليس له أن يزرع في سنة أحد طرفي الأرض وفي السنة الثانية الطرف الآخر، والظاهر أن هذه الفقرة متممة لفقرة «فلذلك للشريك الحاضر الخ» مع كونه قد فهم حال وموقع تلك الفقرة، وقد ذكرنا في أول المادة شرحاً لهذه الفقرة في موقعها المناسب.

وإذا كان معلوماً أن الزراعة توجب نقصان الأرض وتركها نافع لها ومؤد لخصمها فزرع الشريك كل تلك الأرض أو مقداراً منها فإذا حضر الغائب يضمنه حصته في نقصان الأرض. وموضوع المسألة هو في صورة أن تكون الزراعة موجبة لنقصان الأرض وفي هذا التقدير يكون نقصان في الأرض على كل حال فإذا حضر الغائب فإن شاء طالب بنقصان الأرض وادعى به وإن شاء ترك حقه.

مثلاً: إذا زرع الشريك الحاضر الأرض المشتركة مناصفة وكانت قيمة اجرتها قبل الزراعة عشرة دنانير وقيمة اجرتها بعد الزراعة ستة دنانير فيكون نقصان الأرض بموجب المادة (٨٨٦) اربعة دنانير فللشريك الغائب أن يضمن شريكه نصف ذلك أي دينارين.

أما إذا حصل نقصان في الأرض على هذا الوجه ثم زال النقصان المذكور فإذا كان زوال النقصان بغير فعل الشريك الغير الزارع فيبرأ الشريك الزارع من ضمان النقصان على القول المفتى به سواء كان ذلك الزوال قبل الرد أو كان بعد الرد أي بعد تسليم الأرض للشريك الغير الزارع (الهندية في المزارعة في

الباب العاشر) وفي هذه الصورة لو أعطى الشريك الحاضر للشريك الغائب ضمان نقصان الأرض فله استرداده. أنظر شرح المادة (١٠٧٦).

والتفصيلات السابقة في حالة عدم مراجعة الحاضر القاضي أما إذا راجع الحاضر القاضي وأعلمه الكيفية فيأذنه القاضي بزراعة كل الأرض في كل حال يعني سواء كانت الزراعة نافعة أو لم تكن أي مضرة ومؤدية لنقصان الأرض منعاً لضياع العشر في الأرض العشرية وخراج المقاسمة في الأرض الخراجية لئلا يتضرر بيت المال. وخراج المقاسمة هو الضريبة التي تؤخذ من حاصلات الأرض بحسب تحملها من العشر إلى النصف، وفي هذه الحالة زراعة الشريك الحاضر الأرض بإذن القاضي إذا حضر الغائب فليس له الادعاء بنقصان الأرض على الشريك الحاضر الزارع أو على القاضي الذي أذنه بالزرع لأن الجواز الشرعي مناف للضمان. ولكن هل للشريك الغائب في هذه الحالة عند حضوره أن يدعى طالباً زراعة الأرض بمقدار ما زرعها الشريك الحاضر؟

وحكم هذه المادة مقصور على حالة غيبة أحد الشريكين أما إذا زرع أحد صاحبي الأرض كل الأرض المشتركة بين حاضرين بلا اذن الآخر وادعى الشريك الآخر بعد الزراعة فتقسم تلك الأراضي ويترك الزرع الذي يصيب حصة الزارع ويقلع الزرع الذي يصيب حصة شريكه، كما أنه يضمن الزارع نقصان الأرض في حصة شريكه لأنه يكون غاصباً في حصة شريكه كما وضح في المادة (١٠٧٦). أنظر المادة (١١٧٣) (رد المحتار).

ويجري حكم هذه المادة في أراضي الملك كالأراضي العشرية والخراجية، وقد أشارت المجلة إلى ذلك بذكرها العشر والخراج. أما إذا كان الزرع في الأراضي الأميرية فيجري في ذلك حكم قانون الأراضي المخصوص.

المادة (١٠٨٦) - (إذا غاب أحد شريكي الكرم المشترك يقوم الآخر على ذلك الكرم وعند ادراك الثمر يأخذ حصته منه ويستهلكها. وله أيضاً بيع حصة الغائب ووقف ثمنها، لكن يكون الغائب مخيراً عند حضوره إن شاء أجاز ذلك البيع وأخذ الثمن الموقوف وإن شاء لا يجيزه وضمنه حصته)

إذا غاب أحد صاحبي الكرم المشترك يقوم الآخر على ذلك الكرم أي يقوم بخدمة الكرم ونكشه وتقليم اشجاره وما اشبه ذلك من الأعمال، وعند ادراك الثمر يأخذ حصته منه ويستهلكها أي يفرز حصته من الثمر ويتصرف فيها كيف ما شاء، فإذا كان الثمر من المثليات فله بحكم المادة (١١١٧) حق افراز حصته. أما إذا كان الثمر من القيميات كالسفرجل فهل له حق الإفراز أيضاً أو ليس له ذلك حسب المادة (١١١٨) فليحرر.

ويفهم من هذه المادة أن الشريك الحاضر لا يكون مجبوراً على القيام على الكرم فإذا لم يقم عليه ولم يختر الصرف وتلف الكرم من نفسه فلا يلزم الشريك الحاضر شيء.

وله أيضاً بيع حصة الغائب ووقف وحفظ ثمنها أي أنه يجوز له أن يبيع حصة الغائب للغائب ويحفظ ويوقف ثمنها ولا يستحق بذلك التعزير والعقاب لاتلافه مال الغير (تعليقات ابن عابدين على البحر بزيادة) فلذلك إذا لم يبع الشريك الحاضر حصة الغائب من الثمر القائم على الكرم وتلف الثمر يلزم الشريك الحاضر ضمان حيث لم يكن مجبوراً ومكلفاً على بيع حصة شريكه. وإذا صرف الشريك الحاضر شيئاً على خدمة الكرم وتقليم أشجاره وغيرهما من الأعمال بدون اذن شريكه فليس له الرجوع على الغائب بماصرفه. أنظر شرح المادة (٧٢٥).

وكذلك لو دفع الشريك الحاضر خراج وضريبة الأرض المشتركة بلا أمر الغائب كان متبرعاً وليس له الرجوع على الغائب بمقدار حصته، لأنه قضي دينه بغير أمره فإنه يتمكن من أن يرفع إلى القاضي ليأمره بذلك (رد المحتار والخانية في المزارعة).

والإيضاحات في حق الرجوع على الآمر سيأتي ذكرها في شرح المادة (١٥٠٦).

وحكم هذه المادة مخالف للقياس وقد جوز استحسانا وهو من مستثنيات المادة (٩٦). (الطحطاوي بزيادة).

لكن يكون الغائب مخيراً عند حضوره ان شاء أجاز البيع أي أنه يرضى بذلك البيع ولا تتحرى في هذه الاجازة والرضاء الشروط التي تلزم في اجازة بيع الفضولي فاذا أجاز يأخذ الثمن الموقوف، وان شاء لا يجيز ذلك البيع ويُضمن حصته لشريكه البائع إذا أراد وحتى لو كان المبيع موجوداً عيناً في يد المشتري. انظر المادة (١٦٣٥).

ويرد هنا سؤال كيف يلزم الضمان الشريك البائع مع أن الجواز الشرعي مناف للضمان؟ إلا أنه يوجد لذلك نظير وهو اذا تصدق ملتقط اللقطة باللقطة ثم ظهر صاحبها فلصاحبها حق التضمين. والايضاحات المتعلقة بذلك قد مر ذكرها في شرح المادة (٧٧٠).

أما كيفية الضمان فهي اذا كان الثمر من المثليات ولم ينقطع مثله يضمن مثله واذا كان من القيميات أو من المثليات المنقطعة المثل يضمن قيمتها في وقت البيع والتسليم (حاشية البحر لابن عابدين).

وله إن تلف الثمر أن يضمنه للمشتري باعتباره غاصب الغاصب، انظر شرح المادة (٩١٠) أما إذا كان الثمر في يد المشتري وأراد تضمين المشتري فيكون هذا التضمين عبارة عن استرداد الثمر فقط وليس له طلب قيمته أو مثله. انظر المادة (٨٩٠).

وإسناد الاجازة للغائب ليس احترازيا فلو توفي الغائب يكون ورثته مخيرين على الوجه المذكور (حاشية جامع الفصولين). ويفهم من ذلك أن تعبير «أجاز» هو بمعنى رضي، ولا يشترط في تلك الاجازة الشروط التي يجب وجودها في اجازة بيع الفضولي (رد المحتار) واشتراط شروط في اجازة بيع الفضولي وعدم اشتراطها في هذه الاجازة هو لوجود فرق وهو أنه يوجد إذن شرعي في هذا البيع أما في بيع الفضولي فلا يوجد إذن شرعي، والاذن الشرعي في ذلك مستند على أنه يوجد فائدة للغائب من بيع الثمر لغلبة احتمال تلفه والترخيص للشريك الحاضر بالبيع على

هذا الوجه مع أن التعدي على مال الغير حرام هو لعدم وجود المنع هنا

المادة (١٠٨٧) ـ (حصة أحد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر فلذلك اذا أودع أحدهما المال المشترك من نفسه لآخر فتلف يكون ضامنا حصة شريكه. أنظر المادة (٧٩٠)

حصة أحد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر أي ان حصة أحدهما في المال المشترك أمانة في يد الشريك الآخر (رد المحتار).

قيل «في حكم الوديعة» ولم يقل وديعة لأن الوديعة كما عرّفت في المادة (٧٦٣) هي المال الذي يودع لآخر للحفظ. أما المال المشترك فحيث لم يودع عند الشريك للحفظ فلم يكن في الحقيقة وديعة إلا أن هذه الحصة أمانة عند أحدهما فهي من جزئيات المادة (٧٦٣).

فلذلك إذا أودع أحدهما المال المشترك من نفسه لآخر بدون اذن شريكه وتلف المال في يد ذلك الآخر قبل أن يجيز الشريك هذا الإيداع فيضمن الشريك المودع حصة شريكه ولو كان هذا التلف بدون صنع وتقصير من الآخر. أنظر المادة (٧٩٠) وكذا المادة (٩١٠).

وكذلك لو كان برذون مشتركاً بين اثنين فترك أحدهما ذلك البرذون في المرعى بلا حافظ وضاع البرذون يضمن حصة شريكه. أنظر المادة (٧٨٧). (الفيضية).

وكذلك لو أعطى أحدهما بلا اذن شريكه السفينة المشتركة لآخر فسافر بها وغرقت يضمن حصة شريكه (يحيى أفندي في الشركة). وكذلك ليس له أخذ المال المشترك بلا إذن الشريك للسفر. ولو كانت سفينة. أنظر شرح المادتين (٧٨١، ١٥٧٥). (البحر وعلي أفندي في الشركة).

وكذلك لو غاب أحد صاحبي المواشي المشتركة وسلم الشريك الحاضر حصته مع حصة شريكه للراعي الأجير المشترك فتلفت يضمن حصة شريكه لأن الشريك الحاضر مستودع ويمكنه المحافظة على المواشي من قبل أجيره فإيداعه المواشي إلى الغير تعد. أنظر المادة (٧٩٠) (لسان الحكام).

إيضاح القيود:

١ ـ آخر، أي لغير أمينه وهذا التعبير احترازي إذ له تسليمه لأمينه للحفظ كأجيره الخاص والحكم في الوديعة أيضاً على هذا الوجه كما ذكر في المادة (٧٨٠).

٢ ـ إذا لم يجز الشريك، أما إذا أجاز الشريك فيجري في ذلك حكم المادة (٧٩١).

المادة (١٠٨٨) ـ (لأحد الشريكين إن شاء بيع حصته إلى شريكه وإن شاء باعها لآخر بدون اذن شريكه. أنظر المادة ٢١٥. أما في صورة خلط الأموال واختلاطها التي بينت في الفصل الأول فلا يسوغ لأحد الشريكين أن يبيع حصته في

الأموال المشتركة المخلوطة أو المختلطة بدون اذن شريكه)

لأحد الشريكين إن شاء بيع حصته إلى شريكه في جميع صور الاشتراك إذا لم يكن ذلك مضراً بأي شخص كان وإن شاء باعها لآخر بدون اذن شريكه فيما عدا خلط واختلاط الأموال. كذلك لو كان إثنان متصرفين بعقار وقف بطريق الإجارتين فلأحدهما إن شاء إفراغ حصته لشريكه وإن شاء أفرغها لآخر بدون إذن شريكه لأن لكل انسان ولاية على ماله ولكل أن يتصرف في ماله كيفما شاء. أنظر المادة (١١٩٢). (الزيلعي).

فلذلك ليس لأحد الشريكين أن يجبر شريكه على شراء حصته أو على بيعها له. أنظر المادة (١٠٧٢) سواء كان المال المشترك عقاراً أو كان مملوكاً. مثلاً لو كان ملك عقار مشتركاً بين اثنين فلأحدهما بيع حصته في ذلك العقار إن شاء لشريكه وإن شاء لأجنبي. كذلك لو كانت شاة أو فرس أو أموال اخرى مشتركة بين اثنين وباع أحدهما حصته لأجنبي فالبيع صحيح وليس للشريك إبطال هذا البيع. أنظر المادة (٢١٥) سواء كانت هذه الأموال قابلة للقسمة أو لم تكن.

وتعبير «البيع» الوارد في هذه الفقرة غير احترازي باعتبار إذ الحكم في الإخراج من الملك على الإطلاق هو على هذا المنوال، والحكم في الهبة والتسليم والتصد ق والتسليم والوصية والمهر وبدل الطلاق في الطلاق على مال وبدل المقايضة وبدل الإيجار وبدل الصلح هو على هذا الوجه (عبد الحليم بعلاوة).

إلا أنه يشترط في هبة حصته في المال المشترك أن يكون ذلك الملك غير قابل للقسمة كالبيت الصغير والحمام والطاحون. أما هبة الحصة في المال القابل للقسمة فلا تصح ما لم تفرز وتقسم وتسلم كما وضح ذلك في كتاب الهبة (رد المحتار والبحر).

وإن يكن أنه إذا كان المال المشترك عقاراً فلأحد الشريكين بيع حصته بلا اذن الآخر ولا يحق لمشاركه ابطال هذا البيع إلا أن لشريكه حق طلب الشفعة كما بين في الكتاب التاسع.

واحترازي باعتبار آخر إذ يحترز به من الإجارة لأن حكم إجارة الملك المشترك قد ذكر في المادة (٤٢٩). (البحر).

أما في صورة خلط واختلاط الأموال التي بينت في الفصل الأول فليس لأحد الشريكين بيع حصته في المال المشترك المخلوط أو المختلط (بصيغة اسم الفاعل) بدون اذن شريكه، وإذا باع كان البيع فاسداً (الهندية) إلا إذا باع حصته بعد الإفراز ولو كان هذا الإفراز في غياب شريكه حسب المادة (١١١٧) وفي تلك الحال يجوز البيع. وله بيع حصته لآخر بإذن شريكه كما ان له بيعها لشريكه.

للشريك بيع حصته بلا اذن الشريك الآخر في الشركة التي تكون مسببة عن مثل الاشتراء والإرث، أما إذا كانت الشركة حاصلة من خلط واختلاط الأموال فلا يجوز للشريك البيع بدون اذن شريكه. والفرق على وجهين:

الوجه الأول ـ هو أن الشركة إذا كانت بأسباب كالاشتراء والإرث فتكون كل حبة من المال المشترك شركة بينهما وهو معلوم ومقدور التسليم (الزيلعي) فلذلك للشريك بيع حصته لشريكه

وللأجنبي . أما إذا كانت الشركة حاصلة بسبب خلط أو اختلاط الأموال فكل حبة من نصف المخلوط بجميع أجزائها هي ملك لأحدهما وليس للشريك الآخر حصة فيها، فإذا باع حصته لغير شريكه فلا يمكن تمييز الحصص ولا تسليم حصته إلا مخلوطة بحصة شريكه وهو عاجز عن تسليمها مستقلاً وبما أن العجز عن التسليم مانع لجواز البيع فإمكان التسليم يتوقف على اذن الشريك أما إذا باعها لشريكه فهو جائز لاقتداره على التسليم والتسلم[1] (رد المحتار).

الوجه الثاني ـ إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي هو سبب لزوال الملك وانتقاله عن الخالط. وقد بين ذلك في المادة (٧٨٨) فإذا حصل هذا الخلط بغير تعد فيكون سبب الزوال والإنتقال موجوداً من وجه وهو الخلط وغير موجود من وجه وهو لكون الخلط واقعاً بالإذن وبغير تعد، فلذلك قد اعتبر في حق البيع للأجنبي أن حق كل شريك من المخلوط زائل ومنتقل للآخر، واعتبر في حق البيع للشريك أنه غير زائل وغير منتقل فكأنه يبيع ماله وعلى هذا الوجه يكون قد عمل بالشبيهين. أما في الشركة الحاصلة بصور الميراث والشراء فلا يوجد سبب لزوال الملك بعد ثبوته للشريكين فيكون ملك كل واحد منهما قائماً فله بيع حصته لشريكه وللأجنبي.

سؤال ـ والعمل بالشبيهين يكون أيضاً بعكسه أي بأن يعتبر البيع للشريك غير جائز والبيع للأجنبي جائز فلماذا جوز البيع للشريك ولم يجوز للأ جنبي؟.

الجواب ـ إن التصرف مع الشريك أسرع نفاذاً من التصرف مع الأجنبي والدليل على ذلك هو عدم جواز تمليك معتق البعض للأجنبي وجواز تمليكه للشريك وكذا تأجير المشاع فإنه غير جائز للأجنبي وجائز للشريك. أنظر المادة (٤٢٩). (الكفاية وشرح الهداية في الشركة والطحطاوي)

يوجد مسائل كثيرة أخرى غير خلط واختلاط الأموال لا يجوز فيها البيع لغير الشريك كبيع الشيء الذي في بيعه ضرر للشريك أو للبائع أو للمشتري.

مثال للذي لا يجوز بيعه بسبب ضرره للشريك ـ لو كانت عرصة وما عليها من البناء مشتركة بين اثنين فباع أحدهما حصته في البناء لأجنبي فلا يجوز بيعه لأن البائع إذا باع بناءه بشرط الهدم فعليه هدم حصته وتفريغ العرصة وفي هذا الحال ضرر للشريك الذي لم يبع حصته وإذا باعها بشرط الترك والإبقاء فهو جائز لأنه يشترط في هذا البيع منفعة زائدة للمشتري (رد المحتار في الشركة).

مثال للذي لا يجوز بيعه بسبب ضرره للمشتري والشريك ـ وفي هذه المسألة لا يجوز البيع ولو كان المشتري الشريك إذ يكون للبائع في هذا الحال الزام المشتري شريكه برفع البناء وتخلية العرصة فيتضرر بذلك المشتري. وقد جاء في الطحطاوي باع نصيبه من المبطخة برضاء شريكه فلو ضره القطع لم يجز

---

(١) فيه أن هذا الدليل جار أيضاً في الاشتراك بسبب الإرث والشراء لأن كل حبة مشتركة بين الشريكين لواحد نصفها ونصفها الآخر للآخر فإذا باع حصته لا يقدر على التسليم إلا مع نصيب شريكه غاية ما في الباب الاشتراك في الخلط والاختلاط في كل اثنين من الحبة الواحدة منها لواحد والأخرى للآخر وفي الإرث والشراء في الحبة الواحدة فقط

البيع ولشريكه أن لا يرضى بعد الإجازة إذ في قلعه ضرر والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر .

وقد ألفت رسالة في بيع الأشياء المشتركة باسم «الرسالة المباركة في الاشياء المشتركة» كما أنه قد بينت في شرح المادة (٢١٥) بعض المسائل المتعلقة بذلك .

المادة (١٠٨٩) ـ (إذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة في الأراضي الموروثة باذن الورثة الآخرين أو اذن وصيهم إذا كانوا صغاراً فتكون الحاصلات مشتركة بينهم جميعاً ولو بذر أحدهم حبوب نفسه فحاصلاتها له إلا أنه يكون ضامناً حصة الورثة في نقصان الأرض الناشئ عن زراعتها أنظر مادة ٩٠٧)

إذا بذر بعض الورثة الحبوب المشتركة بين جميع الورثة في الأراضي المورثة أو في أراضي الغير باذن الورثة الآخرين أو اذن وصيهم أو باذن القاضي إذا كان الورثة صغاراً فتكون الحاصلات مشتركة بينهم جميعاً، والحال الذي يوجب أن تكون الحاصلات مشتركة بينهم هو كون البذر مشتركاً بينهم وكون الوارث الزارع قد زرع بإذن أصحاب الحصص الآخرين سواء زرع في الأراضي الموروثة أو في أراضي الغير أي في الأرض المأجورة أو المستعارة (الفتاوى الجديدة) أو في ملكه الخاص، وفي هذه الصورة يكون الزارع أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن شركائه في الزراعة. أنظر المادة (١٤٥٢) وتكون هذه الحاصلات مشتركة بينهم بنسبة اشتراكهم في البذر توفيقاً للمادة (١٠٧٣).

وإذا بذر أحدهم حبوب نفسه أو حبوب غيره بدون اذن صاحبه وبذر الحبوب المشتركة في الأراضي الموروثة بلا اذن المشارك فتكون الحاصلات له خاصة ولا تكون مشتركة بينهم بمجرد حصول الزرع في الأراضي المشتركة. أنظر المادة (١٢٤٦). فلذلك إذا زرع أحد الورثة الحبوب المشتركة بدون اذن الورثة الآخرين أو اذن وصيهم إذا كانوا صغاراً فتكون الحاصلات للوارث الزارع مستقلاً ويكون الزارع غاصباً للبذر ويضمن حصة الآخرين (الأنقروي في الشركة) ولم ينتج البذر أي شيء من الحاصلات .

أما إذا زرع أحد الورثة في الأراضي الموروثة بدون اذن الورثة فيكون غاصباً لحصة الآخرين كما بين في المادة (١٠٧٦) وشرحها ويضمن حصة الورثة الآخرين في نقصان الأرض الناشيء عن زراعتها ، وهذه الفقرة هي عين الفقرة التي تبتدئ بعبارة «لكن» من المادة (١٠٧٦) أنظر المادة (٩٠٧). (رد المحتار قبيل المساقاة).

المادة (١٠٩٠) ـ (إذا أخذ الورثة مقداراً من النقود من التركة قبل القسمة بدون اذن الآخرين وعمل فيه فخساره يعود عليه، كما أنه لو ربح لا يأخذ الورثة حصة فيه)

إذا تصرف أحد بلا اذن في مال الغير وربح يكون الربح له، ويتفرع عن ذلك مسائل عديدة :

المسألة الأولى ـ إذا أخذ أحد الورثة مقداراً من النقود من التركة قبل القسمة بدون إذن الآخرين

أو اذن الوصي إذا كان الورثة صغاراً فكما أن الضرر يعود عليه ويأخذ الورثة حصتهم في رأس المال فقط كذلك لو ربح فلا يأخذ الورثة حصة من الربح إلا أنه في هذه الصورة لا يكون الربح الحاصل من حصة الورثة الآخرين طيباً للآخذ والعامل في ذلك (الفتاوي الجديدة).

إيضاح القيود:

١ ـ أحد، إن هذا التعبير احترازي لأنه إذا توفي أحد أو تعدد المتوفون ولم يقسم الورثة التركة وعملوا فيها وكثروا أموالهم ولم يتميز كسب أحد عن كسب الآخر فتقسم الأكساب بالسوية بين الورثة ولا يأخذ أحدهم حصة أزيد من الآخر. أما أصل التركة فيكون مشتركاً بينهم حسب الفروض ولا تكون هذه المعاملة شركة مفاوضة حيث يلزم وجود شروط عديدة في شركة المفاوضة ومنها لفظ المفاوضة (الحامدية بزيادة).

٢ ـ بدون اذن، أما إذا أعمل المال بإذن فإذا أعمل بشرط أن يكون الربح له خاصة فتكون حصة الورثة الآخرين قرضاً وإذا أعمل على أن يكون الربح مشتركاً فتكون المعاملة شركة مضاربة في حصة الورثة. أنظر المادة (١٣٧١) وإذا شرط الربح أن يكون للورثة الآخرين يكون بضاعة في حصة الورثة. أنظر المادتين (١٤١٤، ١٥٥٩) وشرحهما.

٣ ـ مقداراً، هذا التعبير ليس احترازياً فإذا تصرف أحد الورثة في التركة المشتركة وربح فالربح يكون للعامل خاصة (الهندية).

٤ ـ الأعمال، معناه شراء مال بتلك النقود والربح ببيعها، مثلاً لو أخذ أحد الورثة من تركة مورثه بدون اذنهم مائة دينار وباع واشترى بها فربح خمسين ديناراً فتكون الخمسون ديناراً له وليس للورثة الآخرين الاشتراك في هذا الربح ويكون ذلك الوارث ضامناً للورثة حصصهم في رأس المال كما أنه لو خسر في البيع والشراء تلك المائة الدينار كلاً أو بعضاً فيعود الخسار المذكور عليه ويضمن حصص الورثة الآخرين.

المسألة الثانية ـ لو أجر مال الآخر فضولاً وأخذ الأجرة ولم يجز صاحب المال تلك الإجارة مع وجود شرائط الإجازة فيكون بدل الإيجار للمؤجر الفضولي كما بين في شرح المادة (٤٤٧).

المسألة الثانية ـ لو تصرف وصي القاصر في التركة بدون اذن الورثة الآخرين وسعى وعمل بها وربح فليس للورثة الآخرين أو للأم طلب حصة من الربح (الحامدية).

المسألة الرابعة ـ لو ذهب الشريك بمال الشركة إلى ديار أخرى رغم نهيه عن الذهاب وباع مال الشركة فيكون غاصباً حصة شريكه ويعود الربح عليه كما ذكر في شرح المادة (١٣٨٣).

المسألة الخامسة ـ لو ذهب المضارب إلى بلدة أخرى مخالفاً أمر رب المال وباع واشترى هناك يعد غاصباً ويكون الربح له، أنظر المادتين (١٤٢١ و١٤٢٢) وشرحهما.

المسألة السادسة ـ لو اشتغل الغاصب في البيع والشراء بالمائة الدينار التي اغتصبها وربح خمسين ديناراً من ذلك فللمغصوب منه أن يضمن الغاصب المائة الدينار فقط وليس له المداخلة في الربح.

المسألة السابعة ـ لو استعمل المودع الدنانير المودعة عنده في أمور التجارة بلا أمر المودع وربح فيضمن المودع مقدار الوديعة فقط ولا يحكم عليه بإعطاء الربح.

الفصل الثالث

(في بيان الديون المشتركة)

قد ذكرت الديون المشتركة في كتاب الصلح في بعض الكتب الفقهية وذكرت في بعضها في كتاب الشركة كالهندية وأكثر المواد المذكورة في هذا الفصل من المجلة مذكور في الباب الثالث من الشركة من كتاب الهندية .

إجمال هذا الفصل :

إن المواد والمسائل الواردة في هذا الفصل من المجلة منقسمة إلى أربعة أقسام :

القسم الأول ـ تعريف الدين المشترك والغير المشترك .

القسم الثاني ـ بيان أفراد الدين المشترك، والمجلة تذكر في هذا الفصل سبعة أفراد، وسيذكر شرحاً أربعة أفراد أخرى، وفي هذه الصورة يكون الدين المشترك أحد عشر فرداً وهي :

١ ـ الديون الموروثة .

٢ ـ الدين الذي يترتب في ذمة المدين بسبب اتلاف المال المشترك .

٣ ـ الدين الحاصل من جهة اقراض المال المشترك .

٤ ـ الدين الحاصل من بيع المال المشترك صفقة واحدة .

٥ ـ الدين الحاصل من بيع المال الغير المشترك المتعدد صفقة واحدة .

٦ ـ الدين الذي يطلب لكفيلين بالأمر من المكفول عنه لدفعهما المكفول به من المال المشترك .

٧ ـ الدين الذي يطلب لمأمورين من آمرهما لدفعهما دينه بأمره، وهذه السبعة هي المذكورة في المجلة .

وأما ما ذكر شرحاً فهو ما يأتي :

٨ ـ الديون التي يوصى بها لأشخاص عديدين .

٩ ـ الديون التي تترتب في ذمة المدين بسبب ضمان الغرور إذا كان بقضاء أي بحكم واحد .

١٠ ـ الديون الحاصلة من إيجار المال المشترك صفقة واحدة .

١١ ـ الديون الحاصلة من إيجار الأموال الغير المشتركة صفقة واحدة .

القسم الثالث ـ بيان أفراد الدين الغير المشترك، وقد ذكرت المجلة هنا ستة أفراد منه، وسيذكر شرحاً ثلاثة أفراد أخرى، فيكون مجموع الدين الغير المشترك تسعة أفراد وهي :

١ ـ إذا أقرض اثنان كل على حدة مالاً لآخر فلا يكون الدين مشتركاً .

٢ ـ إذا باع اثنان لآخر مالاً وبين كل منهما مقدار حصته من الثمن أو نوعه أو وصفه فلا يكون الدين مشتركاً .

٣ ـ لو باع أحد لآخر حصته الشائعة في مال وباع الثاني حصته الشائعة في تلك المال لذلك المشتري فلا يكون الدين مشتركاً .

٤ ـ لو باع اثنان كل منهما مالاً له صفقة واحدة وبين كل منهما مقداراً حصته من الثمن أو نوعه أو وصفه فلا يكون مشتركاً .

٥ ـ لو باع كل من الإثنين ماله لآخر على حدة فلا يكون الدين مشتركاً .

٦ ـ إذا أمر اثنان بإداء الدين فأدى كل منهما الدين من المال الخاص به فلا يكون الدين مشتركاً .

وهذه الأفراد الستة هي المذكورة في المجلة . والذي سيذكر آتياً هو المذكور شرحاً أي أن الديون الآتية الذكر ليست من الديون المشتركة أيضاً .

٧ ـ الديون التي تترتب بذمة المدين بسبب ضمان الغرور اذا كان القضاء والحكم متفرقاً .

٨ ـ الديون التي يحكم بها على الغاصب الأول وعلى الغاصب الثاني بسبب رجوع أحد المغصوب منهما على الغاصب الأول ورجوع المغصوب منه الثاني على الغاصب الثاني .

٩ ـ الديون التي في ذمة الآمر للمأمورين بالشراء بسبب إشترائهم المال المأمورين بشرائه.

القسم الرابع ـ في بيان أحكام الدين المشترك.

المادة (١٠٩١) ـ (إذا كان لاثنين أو أكثر في ذمة واحد دين ناشئ عن سبب واحد فهو دين مشترك بينهم شركة ملك، وإذا لم يكن سببه متحداً فليس بدين مشترك كما يظهر ويتضح من المواد الآتية).

إذا كان لإثنين أو أكثر في ذمة واحد ـ والأنسب للسياق أي للمادة (١٠٤٥) أن يقال إذا كان لأكثر من واحد في ذمة أحد ـ دين ناشئ عن سبب واحد حقيقة أو حكماً فهو دين مشترك بينهم أي بين جميع الشركاء شركة ملك، ولا يجب أن يفهم من كونه ديناً مشتركاً معنى الإشتراك مناصفة في الدين لأنه كما يكون الاشتراك في الدين مناصفة يكون أيضاً أثلاثاً وأرباعاً، ألا يرى أنه إذا كان حيوان مشتركاً بين اثنين مناصفة وباعاه لآخر بكذا درهماً صفقة واحدة يكون ثمن المبيع مشتركاً بينهما مناصفة كما أنه إذا كان الحيوان المذكور مشتركاً بينهما أثلاثاً فيكون ثمن المبيع مشتركاً بينهما أثلاثاً. كذلك إذا توفي زيد وترك ولداً وزوجة وكان له في ذمة عمرو دين ثمانون ديناراً فتكون هذه الدنانير مشتركة بين الولد والزوجة أثماناً ثمنها أي عشرة دنانير للزوجة وسبعة أثمانها أي سبعون ديناراً للولد. أنظر المادة (١٠٧٣) وشرحها

وتعبير «واحد» الوارد في هذه الفقرة ليس احترازياً، لأن الدين لو كان في ذمة اثنين فهو دين مشترك أيضاً. مثلاً لو باع اثنان مالهما المشترك لاثنين بعقد واحد فالدين المطلوب لهما من ذمة المشترين هو دين مشترك .

وإذا لم يكن سببه متحداً فليس بدين مشترك، والأولى أن يقلل لحصول حسن المقابلة «وإذا لم يكن ناشئاً عن سبب واحد» وعدم اتحاد السبب يكون باختلاف السبب المذكور، واختلافه أما أن يكون حقيقة أو حكماً أو يكون غير مختلف حقيقة أو مختلفاً حكماً كما سيذكر في شرح المادة الآتية (الهندية) .

ويوجد بين هذه المادة وبين المواد الآتية ترتيب حسن وهو أنه قد عرف أولاً : الدين المشترك والغير المشترك، وبهذا التعريف يعلم الدين المشترك والغير المشترك اجمالاً، ثانياً: قد فصل الدين المشترك والغير المشترك أي أنه قد عدد أنواع الدين اعتباراً من المادة (١٠٩٢) إلى المادة (١٠٩٩). ثالثاً: قد بين أحكام الدين المشترك والدين الغير المشترك .

الخلاصة: إن الدين المشترك هو الدين الذي يثبت في ذمة المدين بسبب واحد كما أن الدين الغير المشترك هو الدين الذي يثبت في ذمة المدين بسبب غير متحد .

ويتضح ذلك ويظهر من المواد الآتية. وبعض المسائل والأحكام المبينة في المواد الآتية متفرع عن الفقرة الأولى من هذه المادة والبعض منها متفرع عن الفقرة الثانية منها. وقد بين في المادة (١٠٩٩) وما يتلوها من المواد أحكام الدين المشترك والغير المشترك .

المادة (١٠٩٢) ـ (كما تكون اعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين وارثيه على حسب حصصهم كذلك يكون الدين الذي له في ذمة آخر مشتركاً بين وارثيه على حسب حصصهم)

كما تكون أعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين وارثيه، على حسب حصصهم الارثية بموجب علم الفرائض أو بين الموصى لهم بموجب أحكام المسائل المتعلقة بالوصية كذلك يكون الدين الذي له في ذمة آخر مشتركاً بين ورثته على حسب حصصهم الإرثية أو بين الموصى لهم بموجب الوصية لأن هذا الدين ناشيء عن سبب واحد الذي هو الإرث أو الوصية.

وإن يكن أن سبب الدين حقيقة لم يكن الإرث والوصية بل سببه اقراض المورث أو الموصي لآخر أو بيعه أو إيجاره مالاً لأن الدين كما عرف في المادة (١٥٨) وشرحها «هو الشيء الثابت في الذمة بسبب العقد أو استهلاك المال أو الاستقراض» والإرث والوصية لم يكونا من هذا القبيل إلا أن سبب الدين هو الإرث أو الوصية حكماً.

مثلاً لو توفي أحد وترك زوجة وولداً وبنتاً فالأعيان والديون المتروكة عنه تقسم بينهم باعتبار أربعة وعشرين سهماً ثلاثة أسهم للزوجة وأربعة عشر سهماً للولد وسبعة أسهم للبنت .

وحكم هذه المادة حتى لفظ «كما» هو مذكور استطراداً والمقصود بالذات هو ما بعده لأن اشتراك الورثة في الأعيان المتروكة عن الميت بسبب حصصهم هو من قبيل شركة العين وليس من قبيل شركة الدين فلذلك لم يكن من جزئيات عنوان المبحث.

وعبارة «وارثيه» الواردة في هذه المادة ليست بتعبير احترازي كما أشير إلى ذلك شرحاً، فلذلك لو أوصى المتوفي بدينه المطلوب له من ذمة فلان إلى اثنين فيكون الدين المذكور بين ذينك الإثنين مشتركاً (رد المحتار).

ذمة آخر، ليس هذا القيد احترازياً فالدين المطلوب للمتوفي من ذمة أحد الورثة هو دين مشترك أيضاً، مثلاً لو كان لأب في ذمة ولده ثلاثون ديناراً ثم توفي الأب وكان له عدا عن ولده المدين ولدان آخران فيبرأ الوارث المدين من عشرة دنانير من المبلغ المطلوب من ذمته حيث أصبح وارثاً له وتكون العشرون ديناراً الباقية مشتركة بين الأخوين الإثنين مناصفة ويلزم المدين أداء العشرين ديناراً.

وهذه المادة متفرعة عن الفقرة الأولى من المادة (١٠٩١).

المادة (١٠٩٣) - (يكون الدين الذي يترتب في ذمة المتلف ضماناً لاتلافه مالاً مشتركاً بين أصحاب ذلك المال)

أي الذي يترتب بموجب المادة (٩١٢) لأن سبب الدين واحد وهو عبارة عن الإتلاف وهذه المادة متفرعة عن الفقرة الأولى من المادة (١٠٩١).

ايضاح القيود:

١ - اتلاف، ليس هذا التعبير احترازياً، فالحكم على هذا الوجه في الدين الذي يترتب بسبب ضمان الغرور، مثلاً لو أنشأ اثنان بناء في عرصة وضبطت العرصة بعد ذلك بالاستحقاق فادعى الإثنان معاً على البائع بموجب المادة (٦٥٨) بطلب قيمة البناء بعد تسليمها البناء فإذا استحصلا على حكم بقضاء واحد على البائع بقيمة البناء فتكون هذه القيمة ديناً مشتركاً بينهما أما إذا استحصل كل منهما على حكم على البائع بقضاء متفرق فلا تكون هذه القيمة مشتركة بينهما .

٢ - المتلف، ويستفاد من ذكر هذا اللفظ بصورة مطلقة أن الحكم واحد سواء كان المتلف واحداً أم متعدداً، فعليه لو أتلف اثنان بالاشتراك معاً مال اثنين المشترك فالمبلغ الذي هو دين في ذمة الإثنين ضمان مشترك بين صاحبي المال حتى إنه لو قبل أحد صاحبي المال ذمة أحدهما وقبل الآخر ذمة الآخر وأخذ كل منهما سنداً من أحد المتلفين فلا حكم لهذا القبول.

٣ - الدين ضماناً، سواء حكم بهذا الدين أو لم يحكم. مثلاً لو أخذ وغصب أحد مالاً مشتركاً بين اثنين وباعه وسلمه لشخص ثالث فادعى المغصوب منهما على الغاصب الأول وأخذا حكماً بالبدل فيكون هذا البدل ديناً مشتركاً بينهما سواء كان القضاء مجتمعاً أي بأن ادعى كلاهما معاً فاستحصلا على حكم، أو متفرقاً أي بأن يدعى أولاً أحدهما ويستحصل على حكم في حق حصته ويدعى الآخر على حدة بحصته ويستحصل على حكم بها. إلا أنه إذا اختار أحد المغصوب منهما تضمين الغاصب الأول واختار المغصوب منه الآخر تضمين الغاصب الثاني وادعى كل منهما على غاصب على حدة واستحصل على حكم فلا يكون الدين مشتركاً بينهما (الهندية) .

٤ ـ مبلغ، إن هذا التعبير هو باعتبار المال المشترك قيمياً كان أو نقوداً والحال أنه يوجد نوع ثالث للمال المذكور وهو أن يكون المال مثلياً وفي هذا الحال يكون البدل الذي هو دين ضماناً أي المثل مشتركاً بين اصحاب المال ديناً مشتركاً. مثلاً لو أعطى ثلاثة أشخاص معاً من مالهم كذا ديناراً رشـوة لآخر واستهلكها فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً بين الثلاثة المذكورين حتى لو أخذ أحدهم جميع المبلغ المذكور فيشاركه فيه الإثنان الآخران (الفيضية).

كذلك لو استأجر أحد من اثنين حيواناً مشتركاً فتعدى وتلف الحيوان فيكون الضمان المترتب في ذمته ديناً مشتركاً لصاحبي الحيوان. كذلك لو اتلف أحد خمسين كيلة حنطة مشتركة بين اثنين فالخمسون كيلة التي ترتبت في ذمة المتلف ضماناً تكون ديناً مشتركاً لصاحبي الحنطة.

المادة (١٠٩٤) ـ (إذا أقرض اثنان مبلغاً من النقود مشتركاً بينهما لأحد صار الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بينهما. أما إذا أقرض اثنان إلى آخر نقوداً على طريق الانفراد ـ أي كل على حدة ـ صار كل منهما دائناً على حدة ولا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الإثنين)

وقول المجلة «إذا أقرض اثنان» هو للإكتفاء ببيان أقل مراتب الشركاء، وكان الأنسب للسياق أن يقال «إذا أقرض أكثر من شخص» فعليه إذا أقرض أكثر من شخص مبلغاً من النقود مشتركاً بينهم لآخر صار الدين الذي في ذمة هذا المستقرض مشتركاً بينهم لأنه ناشئ عن سبب واحد وهو الإقراض.

إيضاح القيود:

١ ـ مشتركاً، والاشتراك في هذا الدين يكون بنسبة المبلغ المقرض وهو أنه إذا كان المبلغ المقرض مشتركاً مناصفة فالدين يكون مشتركاً مناصفة وإذا كان مشتركاً أثلاثاً فالدين يكون مشتركاً بينهما ثلثاً وثلثين ولا يعتبر الشرط والمقاولة اللذان يكونان مخالفين لذلك.

وتعبير «مشتركاً» ليس قيداً احترازياً لأنه لو أقرض اثنان النقود (الوديعة) التي في يدهما بلا اذن المودع فيكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً ين الإثنين (الوديعين) أنظر المادة(٧٩٣). وهذه المسألة هي فرع لهذه المادة باعتبار وهو لو أقرض اثنا عشر شخصاً تلك الوديعة لآخر وسلموه اياها ثم ضمنوا بدلها للمودع فيكونون مالكين للوديعة في زمن الإقراض بطريق الاستناد ويكونون قد أقرضوا نقودهم المشتركة. وباعتبار آخر هي فرع للمادة (١٠٩٣) وهو أنـه يكون الإثنـا عشر شخصاً بتسليمهم هذه الوديعة لآخر قد أتلفوها ويلزم في ذمتهم مثلها ضماناً.

٢ ـ نقود، قد ذكر هذا التعبير على طريق المثال، لأن الإقراض ليس مخصوصاً بالنقـود فيجوز اقراض المكيلات كالشعير والحنطة والموزونات كالدقيق والتبن والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض، فعليه لو اقرض اثنان كذا كيلة حنطة المشتركة بينهما لآخر فدين المستقرض يكون مشتركاً بين الإثنين (المقرضين).

٣ ـ لأحد، هذا التعبير ليس احترازياً، لأنه لو أقرض اثنان النقود المشتركة بينهما لإثنين فيكون دين المستقرضين الإثنين مشتركاً بين المقرضين الإثنين حتى إنه لو قبل أحد الدائنين دين أحدهما وقبل الدائن الآخر دين المدين الآخر فلا حكم له. والحاصل أن سبب الإشتراك في هذا هو كون المبلغ المقرض مشتركاً وكونه أقرضاه معاً أو كان أحدهما أقرضه بإذن الآخر.

٤ ـ إذا أقرض، بمعنى إقراضهما معاً أو اقراض أحدهما بإذن الآخر. أما إذا أقرض أحدهما النقود المشتركة بينهما بدون اذن الشريك الآخر فإذا استقرضها المستقرض وقبضها واستهلكها فإذا ضمن الشريك الغير المقرض المقرض توفيقاً للمادة (١٠٧٥) فيصبح الدين الذي في ذمة المستقرض ديناً للمقرض فقط.

أما إذا أقرض اثنان أحداً نقوداً على طريق الإنفراد. سواء كانت النقود من جنس واحد أو مختلفة الجنس، أي كل واحد على حدة فيكون كل منهما دائناً على حدة ولا يكون دين المستقرض مشتركاً بينهما لأن الإقراض الذي هو سبب الدين متعدد.

مثلاً لو أقرض أحد لآخر عشرة دنانير ثم أقرض ذلك الشخص لذلك الآخر عشرة دنانير أخرى وأخذ الإثنان من المستقرض سنداً واحداً فلا يكون مشتركاً بينهما أيضاً (الفيضية).

كذلك لو أمر أحد اثنين بشراء فرس فاشترياه له فالدين الذي يترتب لهما في ذمة الآخر حسب المادة (١٤٩١) الذي هو ثمن المبيع لا يكون ديناً مشتركاً بينهما سواء دفعا الثمن للبائع من مالهما المشترك أو دفع كل منهما حصته من الثمن من ماله الخاص (الهندية).

المادة (١٠٩٥) ـ (إذا بيع مال واحد مشترك بصفقة واحدة ولم تذكر ولم تسم حين البيع حصة أي واحد من الشريكين فالدين الذي في ذمة المشتري يكون ديناً مشتركاً، وأما إذا سمي وعين حين البيع مقدار حصة كل منهما في ثمن المبيع أو نوعها مثلاً لو فرقت وميزت حصة كل منهما بأن قيل: إن حصة أحدهما بكذا درهماً وحصة الآخر بكذا درهماً، أو حصة أحدهما بمسكوكات خالصة وحصة الآخر بمسكوكات مغشوشة، فلا يكون البائعان شريكين في ثمن المبيع ويكون كل واحد منهما دائناً على حدة، كذلك لو باع أحدهما حصته الشائعة إلى أحد ثم باع الآخر حصته الشائعة لذلك الرجل فلا يكونان شريكين في ثمن المبيع ويكون كل واحد منهما دائناً مستقلاً)

إذا بيع مال واحد مشترك بصفقة واحدة أي بعقد واحد أي باعه صاحباه ولم تذكر ولم تسم حين البيع حصة أي واحد منهما فيكون الدين الذي في ذمة المشتري من أجل ذلك ديناً مشتركاً لأن سبب الدين واحد وهو عبارة عن البيع بصفقة واحدة.

إيضاح القيود:

١ ـ صفقة، هي عبارة عن ضرب اليد باليد حين البيع، ثم اطلقت على نفس العقد، ولذلك فقد شرحت عبارة الصفقة الواحدة بالعقد الواحد (كليات أبي البقاء).

٢ ـ مال واحد، وقول «واحد» للإحتراز من صورة كون المال أكثر من واحد. وإن يكن أنه إذا لم يكن المال واحداً وكان اثنين مثلاً فلا يتغير حكم هذه المادة إلا أن هذه الصورة قد بنيت في المادة الآتية

٣ ـ إذا بيع، هذا التعبير ليس باحترازي فلو أجر اثنان مالهما المشترك باجرة معلومة وبصفقة واحدة ولم يذكر ولم تسم حين البيع حصة أي واحد منهما كان بدل الإيجار ديناً مشتركاً (البهجة في الصلح، وفتح المعين حاشية المسكن).

٤ ـ ديناً مشتركاً، وهذا الاشتراك يكون بنسبة الإشتراك في المبيع، يعني إذا كان المبيع مشتركاً مناصفة يكون ثمن المبيع مشتركاً مناصفة، كما أنه إذا كان ثمن المبيع مشتركاً بينهما مثالثة فيكون ثمن المبيع أيضاً مشتركاً بينهما على هذا الوجه أي مثالثة، وإذا جرت بينهما مقاولة على تقسيم الثمن بخلاف ذلك فلا حكم لها.

والخلاصة أنه يشترط لأن يكون ثمن المبيع ديناً مشتركاً شرطان:

أولاً ـ أن تكون صفقة البيع واحدة.

ثانياً ـ أن لا تذكر ولا تسمى حصة أي واحد من الشريكين قدراً أو صفة سواء كان المبيع عيناً مشتركة كما هو في هذه المادة أو كان المبيع عينين كل واحدة منهما ملك لأحدهما كما هو مذكور في المادة الآتية (الدرر وعبد الحليم).

وأما إذا فرق وميز حين البيع مقدار صحة كل واحد منهما في ثمن المبيع أو نوعها أو عين وصفها أو عين وسمي مقدارها ونوعها ووصفها معاً كأن قيل: إن حصة أحدهما مائة درهم وحصة الآخر كذا أي تسعون درهماً وعين المقدار على هذا الوجه، أو قيل إن حصة أحدهما من الثمن مسكوكات خالصة وحصة الآخر مسكوكات مغشوشة فعين وصفها، أو قيل إن حصة أحدهما دينار وحصة الآخر خمسة ريالات ففرقت وميزت حصصهما جنساً فلا يكونان شريكين في ثمن المبيع ولو أخذا سنداً واحداً ويكون كل منهما دائناً على حدة ولا يشارك أحدهما الآخر فيما قبضه. أنظر المادة (١٠٩٩) لأن تفريق التسميـة في حق البائعين كتفريق صفقة البيع. والدليل على ذلك هو أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما وأن يرده في نصيب الآخر (الفيضية والعناية).

قد وضح في المادة (١٧٩) وشرحها أنه إذا لم يتكرر الإيجاب فلا تتعدد صفقة البيع عند الإمام الأعظم ولو فصل الثمن ولو كان البائع متعدداً ويجب أن يتحد الأئمة الحنفية في هذه المسألة إذ ليست مبنية على قول الإمامين لأنه قد أختير لعين المسألة في مواد مختلفة مذاهب مختلفة، أي أنه قد اختير في المادة (١٧٩) قول الإمام الأعظم فلذلك لا يناسب أن يختار في هذه المادة مذهب الإمامين، وظاهر الفرق هو أنه قد ذكر في المادة (١٧٩) صورة مجرد تفصيل الثمن وقد ذكر في هذه المادة تفريق الثمن قدراً أو نوعاً أو وصفاً وقد ذكر في هذه الفقرة المحترز عنه في قيد «إذا لم تذكر أو تسم حصة أي واحد منهما حين البيع» كما أنه قد ذكر في الفقرة الآتية المحترز عنه في قيد صفقة

واحدة الواردة في صدر المادة فكان ذلك نشراً على غير ترتيب اللف.

كذلك لو باع أحدهما حصته الشائعة إلى أحد ثم باع الآخر حصته لذلك الرجل أي بصفقة أخرى فلا يكونان متشاركين في ثمن المبيع حتى لو كان الثمن الذي سمياه متحداً قدراً ونوعاً وصفة أو حرر الدين بسند واحد ويكون كل واحد منهما دائناً مستقلاً لأن كل واحد من الدينين قد وجب بسبب مختلف عن الآخر حتى لو كان لاثنين برذون وباع أحد الشريكين حصته الشائعة في ذلك البرذون لآخر بخمسة دنانير ثم باع الشريك الثاني حصته إلى ذلك المشتري بخمسة دنانير أيضاً وأخذ سنداً مشتركاً على المشتري بعشرة دنانير فلا يكون هذا الدين مشتركاً لأن صفقة البيع في هذه الصورة ليست واحدة بل هي صفقتان أي أن دين أحدهما قد ثبت بصفقة بيع ودين الآخر قد ثبت بصفقة بيع اخرى فلذلك كان الدين غير ناشئ عن سبب واحد وفي هذه الصورة الذي يقبضه أحد الدائنين له ولا يشاركه الآخر فيه (رد المحتار).

والفقرة الأخيرة من هذه المادة متفرعة عن الفقرة الأخيرة من المادة (١٠٩١).

المادة (١٠٩٦) - (لو باع اثنان مالهما لآخر بصفقة واحدة كأن يكون لأحدهما حصان وللآخر فرس فيبيعانهما معاً بكذا درهماً فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً بين البائعين. وأما إذا سمي كل واحد منهما ثمناً لحيوانه كذا درهماً فيكون كل واحد منهما دائناً على حدة. كذلك إذا باع كل واحد من الاثنين مالاً على حدة لآخر فلا يكون ثمنا المبيعين مشتركين ويكون كل واحد من الثمنين ديناً مستقلاً)

إذا باع اثنان مالهما أي بأن كان كل واحد من الإثنين مالكاً مستقلاً لمال فيبيعان مالهما لآخر بصفقة واحدة بدون أن يذكر وتسمى حين البيع حصة أي واحد من صاحبيه من الثمن فالدين الذي يترتب في ذمة المشتري بسبب هذا العقد يكون ديناً مشتركاً وأما إذا سمي حين البيع مقدار حصته في ثمن المبيع أو جنسه أو نوعه أو وصفه فلا يكون الدين مشتركاً.

مثلاً لو كان لأحد حصان مستقلاً ولآخر فرس مستقلاً وباعاهما معاً بعقد واحد بكذا درهماً بدون تعيين حصة كل واحد منهما من الثمن فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً بين البائعين رغماً عن كون كل واحد من المالين عائداً لأحدهما وخاصاً به (الدرر) لأن صفقة البيع واحدة كما أنه لم تذكر حين البيع حصة أي واحد منهما أي أنه قد وجد الشرطان اللذان يجب وجودهما للإشتراك في الدين الوارد ذكرهما في شرح المادة (١٠٩٥) إلا أن هذا الاشتراك لا يكون مناصفة على السوية بل يكون بنسبة قيمة المالين كما يستفاد ذلك من المادة (١١٦٨) وقد ذكر ذلك أيضاً في شرح المادة (١٠٧٣) هو أنه لو كان لزيد فرس قيمتها ألفا درهم ولعمرو حصان قيمته ألف درهم فباعاهما بصفقة واحدة بألف وخمسمائة درهم فيكون هذا المطلوب ديناً مشتركاً لهما ثلثاه أي ألف درهم لزيد ثمناً للفرس وثلثه أي خمسمائة درهم لعمرو ثمناً للحصان حيث انه يوجد تفاوت بين قيمة الفرس والحصان بنسبة الثلث والثلثين فيجب أن يكون تفاوت في الثمن بعين النسبة.

وإذا أريد حل المسألة على قاعدة التناسب الحسابي فبعد تقويم كل واحد من المبيعين يعتبر مجموع قيمة المالين ـ مقدماً أول ـ ومجموع الثمن المسمى ـ تالياً أول ـ وتجعل قيمة أحدهما ـ مقدماً ثانياً ـ ثم يضرب الوسطان ويقسم حاصل الضرب على المقدم الأول فيكون خارج القسمة حصة المال الذي جعل مقدماً ثانياً من الثمن المسمى وذلك على الوجه الآتي:

مجموع القيمة ٦٠٠٠

مجموع الثمن المسمى: ٢٥٠٠

قيمة حصان عمرو ٢٥٠٠

حصة حصان عمرو من الثمن المسمى $\frac{٢}{٣}$ ١٠٤١

مجموع القيمة ٦٠٠٠

مجموع الثمن المسمى ٢٥٠٠

قيمة فرس زيد ٣٥٠٠

حصة فرس زيد من الثمن المسمى $\frac{١}{٣}$ ١٤٥٨

وإذا سمى كل واحد منهما لحيوانه أنه كذا درهماً كان كل منهما دائناً على حدة ولا يكون مجموع ثمن الحيوانين ديناً مشتركاً حيث قد ذكرت حين البيع حصة كل واحد منهما أي لم يوجد الشرط الثاني الذي شرط وجوده في المادة (١٠٩٥).

كذلك لو باع كل واحد من الإثنين مالاً له لآخر على حدة فلا يكون ثمنا المبيعين ديناً مشتركاً ويكون كل واحد منهما ديناً على حدة لأن صفقة البيع لم تكن واحدة بل هي متعددة أي أنه لم يوجد الشرط الأول من الشرطين اللذين شرط وجودهما في شرح المادة (١٠٩٥).

لا يوجد بين هذه المادة والمادة الآنفة فرق في الحكم إنما الفرق هو أن المبيع في المادة الآنفة مال مشترك وأما المبيع في هذه المادة فهو مالان كل واحد منهما لشخص مستقلاً.

كذلك لو باع أحدهما فرسه لآخر بعشرة دنانير ثم باع الآخر حصانه لذلك الآخر بخمسين ريالاً فلا يكون هذا الدين مشتركاً حيث لم يوجد أي شرط من الشرطين هنا.

وتعبير «بيع» الوارد في هذه المادة ليس للإحتراز من الإيجار لأن الحكم في الإيجار أيضاً هو على هذا المنوال وهو أنه لو أجر الإثنان مالهما بصفقة واحدة لآخر كأن يكون لأحدهما حصان وللآخر فرس فيؤجرانهما معاً بكذا درهماً لآخر فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً بين المؤجرين (الهندية) ويكون الإشتراك في ذلك بنسبة أجر مثل المأجورين وعلى ذلك فلو أجرا الحيوانين بثلاثة دنانير فتكون الدنانير الثلاثة أجراً مسمى ثم بعد ذلك يعين أجر مثل الفرس والحصان فإذا تبين أن أجر مثل الحصان ديناران وأجر مثل الفرس ستة دنانير تكون النسبة بينهما ربعاً وثلاثة أرباع ويكون ربع الأجر المسمى أي ثلاثة أرباع الدينار لصاحب الحصان وثلاثة أرباع الأجر المسمى أي الدينار أن الربع لصاحب الفرس، وقد بينت كيفية الحل بطريق التناسب الحسابي.

المادة (١٠٩٧) - (إذا أدى اثنان دين أحد حسب كفالتهما فإن أدياه من مال مشترك بينهما فيكون مطلوبهما من المكفول عنه ديناً مشتركاً).

إذا أدى اثنان دين أحد بحسب كفالتهما الواقعة بأمر المدين حقيقة أو حكماً كما هو مبيه في المادة (٦٥٧) فإن أديا من مال مشترك بينهما فيكون المطلوب لهما من المكفول عنه ديناً مشتركاً ويكون الإشتراك في هذا الدين بنسبة الإشتراك في ذلك المال (الهندية).

وقد أشير شرحاً بأن الكفالة المقصودة هي الكفالة التي تحصل بأمر المكفول عنه أما الكفالة بلا أمر المكفول عنه فهي تبرع ولا يكون لهما في ذمة المكفول عنه شيء حتى يصح الاشتراك فيه وقد وضح ذلك في شرح المادة (٦٥٧).

فإذا لم يؤدياه من مال مشترك بينهما وكانت حصة كل واحد منهما متميزة حقيقية فلا يكون مطلوبهما من المكفول عنه ديناً مشتركاً بسبب كفالتهما معاً.

ويوجد في الفقرة الثانية من المادة الآتية نظير لذلك.

المادة (١٠٩٨) - (إذا أمر أحدٌ اثنين بأداء كذا درهماً دينه فأدياه فإن أدياه من المال المشترك بينهما فيكون المطلوب لهما من ذلك الرجل ديناً مشتركاً وإذا كانت النقود التي أعطياها غير مشتركة وكانت حصة كل واحد منهما متميزة حقيقة فلا يكون مطلوبهما منه ديناً مشتركاً بمجرد ادائهما النقود معاً).

إذا أمر احد اثنين بأداء كذا درهماً دينه لأحد أو لبيت المال على الوجه المبين في المادة (١٥٠٦) فأدياه فللمأمورين المذكورين الرجوع بذلك على الآمر أي أنه يكون ديناً لهما في ذمة الآمر لأن المأمور باداء الدين يكون مأموراً بشراء الدين الذي في ذمة الآمر من الدائن وللوكيل بالشراء حسب المادة (١٤٩١) الرجوع على موكله بالثمن ولذلك للمأمور باداء الدين أن يرجع على الآمر (البحر).

فإن أدياه من المال المشترك بينهما فيكون مطلوبهما من الآمر ديناً مشتركاً ويكون الإشتراك في هذا الدين بنسبة الإشتراك في ذلك وهو أنه إذا كان المال المذكور مشتركاً بينهما مناصفة فيكون الدين مشتركاً مناصفة بينهما وإذا اتفق الطرفان على غير ذلك فلا حكم لهذا الاتفاق.

ولكن هل سبب الاشتراك في ذلك هو الاداء أو هو نفس السبب المسبب للاشتراك في المال المؤدى؟ ويستفاد من ظاهر عبارة الفقرة الآتية أن سبب الإشتراك هو الإشتراك في المال.

وإذا كانت النقود التي أعطياها غير مشتركة وكانت حصة كل واحد منهما مميزة حقيقة فلا يكون مطلوبهما من ذلك الشخص ديناً مشتركاً بمجرد ادائهما النقود معاً (الهندية).

مثلاً لو أعطى أحد الشخصين ماله العشرة الدنانير التي يملكها مستقلاً أو أعطى الآخر العشرة الدنانير التي يملكها مستقلاً لذلك الشخص فلا يكون الدين مشتركاً حتى لو كتب سند الدين باسمهما مشتركاً.

وقد ذكرت المجلة إلى هنا أنواع الدين المشترك والغير المشترك وستبين في المواد الآتية أحكامهما.

المادة (١٠٩٩) (إذا كان الدين غير مشترك فلكل واحد من الدائنين أن يطلب ويستوفي دينه من المدين على حدة ويحسب ما يقبضه كل واحد من مطلوبه ليس للدائن الآخر أن يأخذ منه حصته).

إذا كان الدين غير مشترك فلكل واحد من الدائنين أن يستوفي مطلوبه من المدين على حدة وليس لأحدهما الحق في طلب أكثر من مطلوبه بلا وكالة، وإذا كان الدين مشتركاً ـ وسبب الاشتراك غير الإرث ـ فالحكم أيضاً على هذا الوجه عند الإمام أي أن لكل واحد من الدائنين أن يطلب مطلوبه من المدين ويستوفيه وليس لأحدهما حق طلب أكثر من حصته بلا وكالة. وعليه فالفرق بين الدين المشترك والغير المشترك يجري في الفقرة الآتية من هذه المادة.

ويحسب أي مقدار أو جنس يقبضه أحدهما من مطلوبه نفسه وليس للدائن الآخر أن يأخذ منه حصته (الهندية) وحتى لو لم يكن للمدين مال غيره لأن المدين إن كان في قيد الحياة فتتعلق ديونه في ذمته ولا تتعلق بأمواله وبما أنه للمدين الحي ولاية على نفسه ما لم يكن محجوراً فله أن يرجح ويقدم ديون بعض غرمائه على غيرها فيوفيها (التنقيح بزيادة).

فلذلك لو كان لأحد دائنان واستحصل كل منهما على اعلام بالمبلغ المطلوب على حدة وطلب حبس المدين وحبس فأدى المدين تمام دين أحدهما فليس للدائن الآخر أن يطلب مشاركة القابض فيما قبضه بداعي عدم بقاء مال للمدين (الفيضية) أما إذا حجز المدين فالحكم في ذلك قد بين في الكتاب التاسع.

المادة (١١٠٠) ـ (إذا كان الدين مشتركاً فلكل واحد من الدائنين أن يطلب حصته من المدين، وإذا راجع أحد الدائنين القاضي في غياب الدائن الآخر وطلب حصته من المدين فيؤمر من طرف القاضي الأداء).

إذا كان المدين مشتركاً فلكل واحد من الدائنين أن يطلب ويدعى بحصته من المدين ولا يجب أن يطلب كلا الشريكين ذلك معاً. والحكم في الدين الغير المشترك هو على هذا الوجه أيضاً أي أن لكل منهما أن يطلب ويدعي بحصته ولا يجب أن يدعيا جميعاً معاً، أما إذا طلب في الدين المشترك أكثر من حصته فإذا كان موكلاً من قبل شريكه في هذا الطلب والدعوى فهو صحيح بالاتفاق أما إذا لم يوكل في ذلك فينظر: فإذا كان الدين مسبباً عن الإرث فهو صحيح ايضاً بالاتفاق أنظر المادة (١٦٤٢). وإذا كان الدين ناشئاً عن سبب غير الإرث فليس له حق الدعوى عند الإمام لأنه لا يكون أحد شريكي الدين خصماً عن الآخر في غير الارث على رأيه. أما عند الإمامين فله حق

الإدعاء لأنه على رأيهما يكون أحد الشريكين في الدين خصما عن الآخر في غير الإرث أيضاً. وستوضح هذه المسائل في شرح المادة (١٨٣٠).

وليس للشريك في الدين أخذ أكثر من حصته مطلقاً سواء كان الدين ناشئاً عن الإرث أو عن سبب آخر فلذلك لو كان لأحد دين في ذمة آخر وتوفي قبل استيفاء الدين وترك أمه وعمه فليس لعمه أخذ حصته أن يأخذ حصة الأم أيضاً (الفيضية).

وإذا راجع أحد الدائنين القاضي في غياب الآخر وطلب حصته من المدين فيأمر القاضي باعطاء ذلك وإذا أدى المدين بناء على هذا الأمر والحكم نصف الدين المشترك لأحد الدائنين فيشارك الدائن الآخر الدائن القابض فيما قبضه كما سيبين في المادة الآتية، أي أن أخذه حصته بحكم القاضي لا يقطع حق المشاركة.

المادة (١١٠١) - (ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينه وبين الآخر ويأخذ شريكه حصته منه ولا يسوغ للقابض أن يحبسه من حصته فقط).

أي مقدار أو جنس يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينه وبين الآخر سواء قبض حصته تماماً أو قبض جميع الدين بما فيه حصة شريكه أي إذا حصل القبض برضاء المدين أو كان المقبوض مثل الدين أو أدنى أو أعلى منه أي يكون الدائن الغير القابض مخيراً إن شاء رجع على القابض بحصته، وإذا استهلكها ضمنه اياها حسب المادة الآتية وفي هذا الحال يكون الدين الباقي في ذمة المدين مشتركاً، وإن شاء ترك المقبوض للقابض وطلب حصته من المدين. أنظر المادة (١١٠٥) ويثبت حق مشاركة الشريك الغير القابض للشريك القابض فيما قبضه على الوجه الآتي: وهو أن الدين قبل القبض يعتبر وصفاً شرعياً وغير معدود من المال حتى أنه لو كان أحد لا يملك من الأعيان شيئاً مطلقاً وكان له مطلوب في ذمم الناس فحلف اليمين بأن ليس له مال لا يكون حانثاً في يمينه وبما أن الدين بعد القبض يكون مالاً منتفعاً به وقابلاً للتصرف وبذلك تكون قد تزايدت مالية القابض وبما أن هذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فهي زيادة كزيادة ولد وثمرة المال المشترك وكما أنه يشترك أصحاب المال في هذه الزيادة فيشترك أيضاً الشركاء في الدين في الزيادة الحاصلة بقبض الدين (الهداية والعناية).

مثلاً لو قال أحد الورثة: إنني استوفيت جميع ما هو مطلوب لمورثي من فلان ولم يبق في ذمته شيء فإذا لم يؤد الوارث القابض حصة الورثة الآخرين فيما قبضه فللورثة أن يطلبوا حصتهم من ذلك المدين وليس للمدين أن يقول إنني أديت كامل الدين للوارث القابض فخذوا حصصكم منه.

والمقصود من القبض هنا هو القبض الواقع بطريق الاستيفاء (الكفاية) أما إذا لم يكن القبض بطريق الاستيفاء بل كان بشراء مال من المدين مقابل حصة من الدين فحكم ذلك سيذكر في المادة (١١٠٣).

ويأخذ شريكه حصته منه وتفسر بهذه الفقرة الفقرة الأولى أي يوضح معنى الاشتراك، مثلاً لو كان الدين المشترك خمسين ديناراً وقبض أحد الشريكين خمسة وعشرين ديناراً منه فللدائن الآخر أن يأخذ نصف المقبوض من الشريك القابض أي اثني عشر ديناراً ونصف دينار.

ولا يسوغ للقابض أن يحسبه من حصته فقط لأنه لو قيل إن المقبوض هو حصة القابض فيكون ذلك تقسيماً للدين وهو في ذمة المدين وذلك غير جائز كما بين في المادة (١١٢٣) (الفتاوى الجديدة) حتى أنه لو كان الدين المشترك مؤجلاً وعجل المدين حصة أحد الدائنين فيشترك الشريك الآخر في تلك الحصة المؤجلة وليس للشريك القابض أن يقول لشريكه: إن المدين قد أحسن إلي بتعجيل حصتي من الدين فليس لك حق المشاركة فيها وفي هذا الحال تكون الحصة الباقية المؤجلة مؤجلة كما كانت ومشتركة بينهما. أنظر المادة (١١٠٥) (الهندية). وإذا أراد الشريك القابض إعطاء مال لشريكه غير المال الذي قبضه فللشريك رفض ذلك كما أنه ليس للشريك رفض قبول المال الذي قبضه القابض وطلب مثل ماله منه ما لم يرض القابض (الهندية).

اجمال في ضوابط المشاركة والتضمين وعدم المشاركة والتضمين ومسائلها المتفرعة:

الضابط الأول ـ إن المشاركة والتضمين ـ أي مشاركة الشريك في المال الذي قبضه الشريك من الدين إذا كان موجوداً وتضمينه اياه إذا تلف ـ يترتب (أولاً) على قبض الدين (ثانياً) على التقاص بالدين اللاحق.

المسائل التي تتفرع عن ذلك:

المسألة الأولى ـ إذا استوفى أحد الشريكين كل أو بعض الدين المشترك يكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء شارك الشريك القابض إذا كان موجوداً وضمنه إياه إذا كان مستهلكاً وإن شاء لا يشاركه ولا يضمنه ويطلب حصته من المدين.

المسألة الثانية ـ إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً من المدين بدلاً من حصته من الدين يكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ضمن الدائن المشتري حصته من المتاع وإن شاء طلب حصته من الدين.

المسألة الثالثة ـ إذا صالح أحد الشريكين عن حقه في الدين المشترك على دين خلاف جنسه فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ترك بدل الصلح للشريك المصالح وطلب حصته في الدين من المدين وإن شاء اتبع الشريك المصالح فإذا اتبعه يكون الشريك المصالح أيضاً مخيراً إن شاء سلم شريكه ما يصيبه من بدل الصلح وإن شاء دفع لشريكه مقدار المبلغ الذي يصيب حصته.

المسألة الرابعة ـ إذا صالح أحد الشريكين على جنس الدين وأخذ بدل الصلح فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء شاركه في بدل الصلح وإن شاء رجع على المدين.

المسألة الخامسة ـ إذا أخذ أحد الشريكين كفيلاً أو حوالة عن حصته في الدين واستوفى

حصته من الكفيل أو من المحال عليه فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ضمنه حصته وإن شاء طالب المدين به.

المسألة السادسة ـ إذا استأجر أحد الشريكين المدين أو استأجر ماله بدلاً عن حصته في الدين فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ضمنه حصته من الاجرة وإن شاء طلب حصته من المدين.

المسألة السابعة ـ إذا أخذ أحد الشريكين رهناً من المدين مقابل حصته من الدين المشترك وسقطت حصته من الدين بسبب تلف الرهن فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ضمن شريكه المرتهن المقدار الذي يصيب حصته وإن شاء طلب حصته من المدين.

المسألة الثامنة ـ إذا أتلف أحد الشريكين مالاً للمدين وحصل تقاص في الدين مع بدل الضمان فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ضمن حصته للمتلف وإن شاء طالب المدين.

الضابط الثاني ـ لا تترتب المشاركة والتضمين (أولاً) على الإتلاف (ثانياً) على التقاص بالدين السابق.

المسائل التي تتفرع عن ذلك:

المسألة الأولى ـ إذا قبض أحد الشريكين حصته في الدين المشترك وتلفت في يده فلا يضمنه الشريك الآخر ويرجع بحصته من الدين على المدين.

المسألة الثانية ـ إذا وهب أحد الشريكين حصته في الدين للمدين أو أبرأه منها فليس للشريك الآخر تضمينه ويطلب حصته من المدين.

المسألة الثالثة ـ إذا عُدّ أن أحد الشريكين قد استوفى دينه من المدين بسبب وقوع التقاص عن دين ثابت في ذمته قبل ثبوت الدين فليس للشريك الآخر تضمينه ويقبض حصته من المدين وسيبين في المادة (١١١٠) أنه توجد حيلتان لأن يكون المبلغ الذي يقبضه أحد الشريكين في الدين خاصاً به ولا يشاركه فيه شريكه الآخر.

المادة (١١٠٢) ـ (إذا قبض أحد الدائنين حصته من الدين المشترك فصرفها واستهلكها فلشريكه أن يضمنه حصته. مثلاً لو أخذ وقبض أحد الدائنين خمسمائة درهم حصته من الدين الألف الدرهم المشترك مناصفة بين اثنين وصرفها واستهلكها فلشريكه الدائن الآخر أن يضمنه مائتين وخمسين درهماً وتكون في هذه الحالة الخمسمائة الدرهم الباقية في ذمة المدين مشتركة بين الإثنين أيضاً)

إذا قبض أحد الدائنين حصته من الدين المشترك فصرفها واستهلكها لآخر على وجه كهبتها وتسليمها له أو باداء دينه منها أو بشراء مال بها أو باستعمالها في أمور أخرى فيكون شريكه مخيراً إن شاء ضمنه حصته وإذا توفي الدائن القابض يأخذها من تركته (الفيضية) وليس له أن يستردها من الموهوب له

إذا كانت موجودة في يده عيناً أما إذا لم يصرفها ويستهلكها وتلفت في يده قضاء فليس له حق التضمين حسب المادة (١١٠٦) وإن شاء طلب حصته من المدين انظر المادة (١١٠٥).

مثلاً لو أخذ وقبض أحد الدائنين خمسمائة درهم حصته من الدين الألف الدرهم المشترك مناصفة بين اثنين وصرفها واستهلكها فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء أجاز هذا الأخذ والقبض وضمن شريكه المائتين والخمسين درهماً وفي هذا الحال تكون الخمسمائة الدرهم الباقية في ذمة المدين مشتركة بينهما مناصفة لأنه لما كان المقبوض مشتركاً فمن الضروري أن يكون الباقي مشتركاً (الهندية) وحكم هذه الفقرة أي فقرة «وفي هذا الحال تكون الخمسمائة الدرهم الخ» جار في المواد (١١٠٠ و١١٠١ و١١٠٣ و١١٠٤) أيضاً وقد بين ذلك أثناء الشرح. أنظر المادة (١١٠٥) كما أن حكمها أيضاً جار في المواد (١١٠٧ و١١٠٨ و١١٠٩ و١١١١) وسيشار إلى ذلك حين شرح تلك المواد.

وإن شاء أخذ حصته من المدين.

المادة (١١٠٣) - (إذا لم يقبض أحد الشريكين في الدين المشترك شيئاً من الدين المشترك لكنه اشترى متاعاً من المدين بدلاً عن حصته فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع لكن له أن يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع وإذا اتفقا على الاشتراك يكون المتاع المذكور مشتركاً بينهما)

إذا لم يقبض أحد الشريكين في الدين المشترك مقداراً قليلاً أو كثيراً من الدين المشترك لكنه اشترى متاعاً من المدين بدلاً عن حصته فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع للدائن المشتري لأن الشريك المشتري قد أصبح مالكاً لذلك المال بعقد البيع وليس بسبب الدين لأن عقد البيع مثبت للملكية بنفسه ومستغن عن وجود الدين السابق فلذلك إذا اشترى مال في مقابلة دينه فالشراء صحيح ولو تحقق عدم وجود ذلك الدين ويلزم المشتري أن يؤدي للبائع مقدار ذلك الدين، أما في الصلح فهو غير ذلك فعليه لو صولح على الدين ببدل معلوم ثم ظهر عدم الدين فيبطل الصلح ويجب رد بدل الصلح لمن أعطاه (الكفاية بزيادة).

ولكن يكون الدائن الآخر مخيراً إن شاء ضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع أي ضمن الدائن المشتري لأن نصف المبلغ الذي اتخذ ثمناً للمتاع هو مال للشريك الغير المشتري لأنه إذا اشترى أحد الدائنين مالاً من المدين بدلاً عن حصته في الدين فيثبت للمدين في ذمة الدائن المشتري دينه ويحصل تقاص بين ذينك الدينين فيكون كأن الدائن المشتري قد قبض نصف مطلوبه من المدين وبوقوع القبض يثبت حق المشاركة من المقبوض حسب المادة (١١٠١) فلذلك يثبت في هذا أيضاً حق المشاركة (العيني) أنظر إلى الضابط الأول الوارد في شرح المادة الآنفة ونظير ذلك لو اشترى أحد بالمال الموجود لديه وديعة مالا فليس للمودع أن يتداخل في المال المشتري ولكن له أن يضمن ماله للوديع.

والمراد من الثمن الثمن المسمى. أنظر المادة (١٥٣). ويحترز بتعبير «الثمن» من القيمة لأنه لو كانت القيمة أزيد أو أنقص فليس للمشارك الآخر أن يضمنها وتكون الزيادة والربح للمشتري كما أنه لو كانت ناقصة فالضرر الحاصل يرجع على الشريك المشتري. وقد ذكر في المادة الآتية أن الشريك المصالح مخير في اعطاء بدل الصلح أو حصة الشريك في الدين المشترك أما هنا فلا يكون مخيراً في اعطاء المال للمشتري أو اعطاء حصة الشريك. والفرق هو أن البيع مبنى على السعي والإقدام على المماكسة والمضايقة والمخاصمة أي يكون الشراء بالبدل الكامل وعدم الإغترار فيه والمماكسة ضد المساهلة أما الصلح فهو مؤسس على الأغماض والحطيط أي على التنزيل ولذلك فتضمين حصة الدين في البيع ليس فيه ضرر على الشريك المشتري أما في الصلح فيمكن حصول الضرر عليه. (أبو السعود). أي أن الشريك المصالح لو الزم بإعطاء ربع الدين يحصل ضرر له وذلك لأن مبنى الصلح هو الحط فيمكن أن تكون قيمة بدل الصلح أحياناً بالغة ربع الدين فقط وفي هذه الصورة لو ضمن الشريك المصالح ربع الدين يبطل حقه بالكلية فلذلك قد جعل الشريك المصالح مخيراً في اعطاء ربع الدين أو اعطاء بدل الصلح حتى لا يتضرر وحتى يختار الجهة التي له فيها منفعة (الكفاية وعبد الحليم).

مثلاً لو كان الدين المشترك ألف درهم واشترى أحد الشريكين من المدين مالاً مقابل خمسمائة درهم فالدائن الآخر إن شاء ضمن الدائن المشتري مائتين وخمسين درهماً وفي هذه الحالة فالخمسمائة الدرهم الباقية في ذمة المدين مشتركة بينهما، وإن شاء طلب حصته من المدين حسب المادة (١١٠٥). (رد المحتار).

وتعبير «إذا اشترى متاعاً» الوارد في المجلة احتراز من الزواج والجناية على نفس المدين ولنوضح ذلك:

الزواج، لو كان لرجلين عشرون ديناراً في ذمة امرأة فتزوج أحدهما تلك المرأة مقابل حصته من الدين فليس للشريك الآخر الرجوع على ذلك الشريك المتزوج إلا أنه إذا تزوج أحدهما تلك المرأة بتسمية عشرة دنانير مهراً لها أي لم يضف العقد إلى الدين المطلوب من المدين ثم بعد ذلك تقاصص الدائن بالدين الذي في ذمته للمرأة من بدل المهر فللشريك الرجوع على المتزوج، والفرق هو أنه إذا أضيف عقد النكاح إلى الدين فيتعلق النكاح به ويسقط بنفس القبول ويكون بمنزلة الإبراء ولا رجوع في الإبراء. أنظر المادة (١١١٠) أما إذا لم يضف عقد النكاح إلى الدين فيكون الزوج قد استوفى حصته من الدين بطريق التقاص وفي حالة الاستيفاء يحق للشريك الآخر الرجوع بموجب المادة (١١٠١). (أبو السعود).

سبب تضمين حصته من ثمن المتاع هو كما وضح آنفاً لأن الشريك المشتري قد استوفى وقبض حصته بطريق التقاص. ولكن يرد هنا سؤال هو أنه يجب عدم جواز التقاص ما دام تقسيم الدين غير جائز قبل القبض لأنه يلزم بالتقاص تقسيم الدين قبل القبض؟. ويجاب على ذلك أنه وإن كان تقسيم الدين قبل القبض غير جائز قصداً إلا أنه جائز ضمناً والقسمة هنا قد وقعت ضمن الشراء والمصالحة.

أنظر المادة (٥٤). (أبو السعود)

وإذا اتفق شريكاً الدين على الإشتراك في ذلك المتاع يكون ذلك المتاع مشتركاً بينهما (الهندية) وفي هذا الحال يكون المبلغ الباقي في ذمة المدين مشتركاً بينهما أيضاً.

والاتفاق على الاشتراك في المتاع هو عبارة عن بيع الشريك المشتري نصف المتاع للشريك الآخر وفي هذا الحال إذا كان المشتري عقاراً فيجوز بيعه بعد القبض وقبل القبض أما إذا كان منقولاً فيجوز بيعه بعد القبض ولكن لا يجوز بيعه قبل القبض. أنظر المادة (٢٥٨)

المادة (١١٠٤) ـ (إذا صالح أحد شريكي الدين المشترك عن حقه من الدين المشترك على كذا أثواب قماش وقبض تلك الأثواب فهو مخير إن شاء أعطى شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأثواب وإن شاء أعطاه مقدار من المبلغ الذي تركه)

إذا صالح أحد شريكي الدين المشترك المدين عن حقه منه على كذا أثواب قماش أي على مال خلاف جنس الدين وقبض تلك الأثواب أي قبض بدل الصلح واختار الشريك الآخر أي الشريك الغير المصالح اتباع الشريك المصالح فيكون الشريك الغير المصالح مخيراً أي أنه يكون (أولاً) الشريك الغير المصالح مخيراً، إن شاء بدل الصلح لشريكه المصالح وطلب حصته من المدين. أنظر مادة (١١٠٥) لأن حقه ما زال باقياً في ذمة المدين بسبب أن القابض لم يقبض إلا حصته (الهندية وأبو السعود) وإن شاء اختار اتباع الشريك المصالح فإذا اختار اتباع الشريك المصالح على هذا الوجه يكون (ثانياً) الشريك المصالح مخيراً أيضاً حسب هذه المادة. وصورة الخيار تبين في الفقرة الآتي ذكرها. فعلى ذلك يكون الخيار المذكور في هذه المادة هو خيار للشريك المصالح وليس للشريك الغير المصالح لأن حق هذا هو في الدين وليس في بدل الصلح (العيني في الصلح).

إيضاح القيود:

١ ـ دين مشترك، وتعبير «دين» احترازي لأنه لو كان اثنان مشتركين في عين وتصالح أحدهما على العين المذكورة سواء كان المصالح منكراً أو مقراً كان بدل الصلح خاصاً بالمصالح لأن هذين الشريكين قد تصادقا واتفقا على أن العين المدعي بها هي ملكهما وإن المصالح مانع لحصصهما فتصادقهما حجة في حقهما (الكفاية).

مثلاً لو ادعى اثنان على آخر بعقار بداعي أنه موروث لهما وبعد أن أنكر المدعى عليه دعواهما تصالح أحد المدعيين معه عن هذه الدعوى بمائة درهم فلا يشترك المدعى الآخر في بدل الصلح المذكور (الأنقروي). أنظر المادة (١٥٥٠)

٢ ـ عن حقه، أما إذا تصالح الشريك عن جميع الدين بما فيه حصة شريكه كان الصلح المذكور فضولياً في حق الشريك. أنظر المادة (١٥٤٤)

مثلاً لو أقرض اثنان الخمسمائة الدرهم التي يملكانها مشتركاً لآخر معاً وسلماها إليه ثم تصالح أحدهما مع المدين بدون اذن شريكه على مقدار كذا من المبلغ المذكور وأبرأ المدين من باقي الدين فللشريك الساكت أن يعتبر الصلح والإبراء وأن يأخذ كامل حصته من المبلغ المذكور من المدين (الفيضية).

٣ ـ أثواب قماش، والمقصود من ذلك أن يكون الصلح واقعاً على خلاف جنس الدين، لأنه إذا وقع الصلح على جنس الدين فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء شاركه في بدل الصلح وفي هذا الحال يبقى المبلغ الباقي في ذمة المدين مشتركاً كما كان وإن شاء رجع على المدين ولا يكون الشريك المصالح مخيراً في ذلك لأن هذه المسألة هي بمنزلة قبض بعض الدين ويجري فيها حكم المادة ١١٠١). (رد المحتار وعبد الحليم).

٤ ـ صلح، ويفهم من ذلك الصلح بصورة مطلقة أنه لا فرق بين أن يكون الصلح عن اقرار أو عن انكار فكلاهما متساو في الحكم (مجمع الأنهر في الصلح).

والجواب على سؤال أن الصلح عن اقرار هو في حكم البيع وأنه يلزم أن يجري حكم المادة الآنفة، قد بين في شرح المادة الآنفة.

إن شاء أعطى شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأثواب أي من بدل الصلح لأنه لما كان غير جائز تقسيم الدين الثابت في الذمة فيكون الصلح واقعاً على نصف الدين المشاع، وبما أن حق الشريك الغير المصالح سار على جزء من الدين، متعلق به فلذلك أصبح الصلح المذكور موقوفاً على اجازة الشريك الغير المصالح وأخذ هذا الشريك نصف بدل الصلح يكون دليلاً على اجازته الصلح وقد جاز (الدرر).

سؤال ـ بما أن الصلح على شيء خلاف جنس الحق هو معاوضة حسب ما ذكر في المادتين (١٥٤٨ و١٥٥٠) وبما أنه في المعاوضة المحضة ليس للشريك الآخر حق في المداخلة في المبيع كما جاء في المادة (١١٠٣) فكان من اللائق أن لا يكون للشريك الآخر حق في بدل الصلح؟

الجواب ـ وان يكن أن الصلح على خلاف جنس الحق شراء في الحقيقة في أكثر الأحكام إلا أنه في بعضها استيفاء لعين الحق أما المعاوضة المحضة فليس فيها استيفاء لبعض الحق مطلقاً ألا يُرى أنه إذا صودق على عدم وجود العيب بعد الصلح عن العيب يبطل الصلح لأن الصلح استيفاء لبعض الحق فإذا لم يوجد الحق لا يصح الاستيفاء أما إذا صودق بعد الشراء على عدم وجود الدين فلا يبطل البيع لأن الشراء لم يكن استيفاء لبعض الحق فإذا لم يكن الدين موجوداً وجب اداء ثمن المبيع (الكفاية) وقد مر ذكر ذلك أيضاً في شرح المادة (١١٠٣).

وإن شاء أعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه بسبب الصلح لأن حق الشريك الغير المصالح

هو في الدين وليس في بدل الصلح (مجمع الأنهر في الصلح) وعلى هذا الوجه إذا أعطى الشريك المصالح للشريك الآخر حصته من الدين المقابلة لبدل الصلح فليس للشريك المذكور المداخلة في المال الذي هو بدل الصلح أي ليس له في المثال المذكور أن يطلب الاشتراك في الأقمشة (رد المحتار والكفاية).

وبذلك قد ثبت خيار للمصالح بأن يدفع نصف بدل الصلح أو أن يدفع الدين أي ربع الدين المقابل لبدل الصلح وبذلك قد دفع الضرر عن الإثنين بقدر الإمكان (الشرنبلالي).

مثلاً لو كان لإثنين في ذمة آخر دين ألف درهم مشتركاً مناصفة فصالح أحدهما عن حصته الخمسمائة الدرهم على فرس فيكون (أولاً) الشريك الغير المصالح مخيراً إن شاء طلب حصته من المدين، وقد ورد هذا الحكم في المادة (١١٠٥) وإن شاء راجع الشريك المصالح فإذا رجع بعد ذلك مراجعة الشريك المصالح يكون (ثانياً) الشريك المصالح مخيراً إن شاء سلم نصف الفرس لشريكه لأن نصف الفرس بقدر ربع الدين حيث إن الفرس هي بدل الصلح لنصف الدين ونصف النصف ربع، وان شاء ضمن ربع الدين أي أنه يدفع للشريك الآخر مائتين وخمسين درهماً وفي هذا الحال يكون الدين الباقي في ذمة المدين ديناً مشتركاً أيضاً (الهداية والعناية بزيادة) لأنه إذا أجبر الشريك المصالح على اعطاء ربع الدين فقط فيحتمل أن يتضرر من ذلك بسبب أن الصلح يكون غالباً مبنياً على الحط والتنزيل ويحتمل أن يكون المال الذي أخذه الشريك المصالح ناقصاً عن حقه، أو ان لا يبقى شيء في يده مما قبضه بدل صلح (عبد الحليم).

ولو قيل بدلاً عن تعبير «حصته من الحق الذي تركه» عبارة «أعطى شريكه مقدار ما أصاب حصته الخ» لكان موافقاً لما ورد في التنوير والكنز والملتقى من الكتب الفقهية المعتبرة لأن كلمة ترك هي اسقاط والإسقاط كما هو مبين في المادة (١٥٥٢) إذا وقع على بعض مقدار الدين لا يطلق على المقدار المأخوذ بل يطلق على المبلغ المتروك كما أنه قد استعمل بغير الترك في المادة (١٥٥١) في معنى الساقط. إلا أنه يجاب على ذلك بأن تعبير الترك هنا لم يستعمل بمعنى الإسقاط بل استعمل بمعنى الدين الذي تركه مقابل الأثواب التي أخذها بدل صلح.

المادة (١١٠٥) - (إذا قبض أحد الدائنين مقداراً من الدين المشترك أو تمامه على الوجه المبين آنفاً أو اشترى مالاً بدلاً عن حصته أو صالح المدين على مال مقابل مطلوبه فيكون الدائن الآخر مخيراً في جميع الصور إن شاء أجاز شريكه هذه ويأخذ حصته منه كما بين في المواد الآنفة وإن شاء لم يجز ويطلب حصته من المدين، وإذا هلك الدين عند المدين يرجع الدائن على القابض ولا يكون عدم اجازته قبلاً مانعاً من الرجوع)

إذا قبض أحد الدائنين مقداراً من الدين المشترك أو تمامه على الوجه المبين في المادتين(١١٠١ و ١١٠٢) أو اشترى مالاً بدلاً عن حصته حسب مادة (١١٠٣) أو صالح المدين على مال مقابل مطلوبه فيكون الدائن الآخر مخيراً في جميع الصور المذكورة أي في الصور الثلاث الآنفة وهي القبض والشراء والصلح . إن شاء أجاز معاملة شريكه هذه وهذه الإجازة عبارة عن قبوله قبضه لحصته ولا يشترط لصحة ذلك بقاء المبلغ المقبوض في يد القابض كما يفهم من المادة (١١٠٢) ويأخذ حصته منه كما بين في المواد الثلاث الآنفة أي أنه يأخذه عيناً إذا كان موجوداً في يد شريكه وبدلاً إذا كان مستهلكاً أي أنه يأخذ حصته في الدين في المواد(١١٠١ و١١٠٢ و١١٠٣) ويأخذ بدل الصلح أو حصته في الدين في المادة (١١٠٤) وهذه هي المسائل المبينة في المواد الآنفة، والأحكام الواردة في الفقرات الآتية لم تبين في المواد المذكورة ولذلك فالمقصود في هذه المادة هي الفقرات الثلاث الآتية. وإذا أخذ حصته من شريكه حسب هذه الفقرة فالمبلغ الذي يبقى في ذمة المدين قليلاً أو كثيراً يكون مشتركاً بينهما كما كان وكما وضح في شرح المواد الآنفة، وإن شاء لا يجيز معاملة شريكه أي أنه إذا لم يقبل الشريك الغير القابض معاملة شريكه القابض في حقه في قبض الدين والشراء والصلح فتكون الدراهم أو الدنانير أو بدل الصلح التي قبضها الشريك القابض له خاصة ويطلب الشريك الغير القابض حصته من المدين (الهندية والنهاية) حتى ولو كان الشريك القابض قبض أكثر من حصته أو قبض كل الدين لأن القبض المذكور قبض فضولي في حق الشريك الآخر وبتسليم المدين حصة الشريك الغير القابض للشريك القابض لا يسقط الدين المتعلق في ذمته (البهجة).

فإذا أخذ الشريك الساكت حصته من المدين حسب هذه الفقرة فللمدين إذا دفع للشريك القابض أكثر من حصته أن يسترد الزيادة. أنظر المادة (٩٧) مثلاً لو كان الدين المشترك اربعمائة درهم فإذا أخذ أحد الشريكين كل الدين بلا اذن الآخر ولم يجز الشريك الغير القابض هذا القبض فله أن يسترد المائتي الدرهم من المدين.

فإذا اختار الشريك الساكت طلب دينه من المدين على الوجه المبين أعلاه فلا يبقى له حق بمطالبته شريكه ولو لم يكن شريكه قد قبضه لأنه بتسليم المقبوض للقابض يسقط حق المشاركة والساقط لا يعود. أنظر المادة (٥١) ما لم يهلك دينه عند المدين وفي تلك الحال يرجع على القابض كما يرجع المحال له على المحيل في حالة موت المحال عليه مفلساً (العناية) وكما سيبين في الفقرة الآتية.

وإذا هلك دينه بوفاة المدين مفلساً فيرجع الدائن على القابض لأن اظهار الشريك الساكت الرضاء بقبض شريكه هو لأجل أن تبقى الحصة الباقية في ذمة المدين سالمة له فإذا لم تبق سالمة يعود له حق الرجوع (أبو السعود والهداية ورد المحتار) ولا تكون اجازته سابقاً معاملة شريكه هذه مانعة للرجوع لأن التسليم كان مقيداً بشرط سلامة الباقي. (أبو السعود)

المادة (١١٠٦) - (إذا قبض أحد الدائنين حصته من الدين المشترك من المدين

وتلفت في يده قضاء فلا يضمن حصة شريكه من هذا المقبوض، لكن يكون قد استوفى حصة نفسه ويكون الدين الباقي عند المدين عائداً إلى شريكه)

إذا قبض أحد الدائنين بالذات أو بواسطة نائبه كوكيله بالقبض حصته من الدين المشترك من المدين وتلفت في يده قضاء فلا يضمن حصة شريكه من هذا المقبوض ويكون خسار التلف عائداً حصراً على القابض لكن يكون قد استوفى حصة نفسه فلذلك يكون الدين الباقي عند المدين عائداً إلى شريكه (الهندية).

وتعبير «قضاء» للإحتراز من الصرف والاستهلاك. أنظر المادة (١١٠٢)

ما هو الفرق بين الاستهلاك بعد القبض وبين التلف قضاء أي ما هو الفرق بين هذه المادة وبين المادة (١١٠٢)؟.

قد بين في شرح المادة (١١٠١) أن التضمين يترتب على القبض وقد وجد هنا قبض فما دام أنه عند وجود القبض سيكون للشريك الآخر حق المشاركة أفلا يجب عدم سقوط هذا الحق فيما لو تلف بعد ذلك؟ فليحرر.

قيل في المجلة «حصته» لأنه إذا أخذ حصة شريكه وتلفت في يده فللشريك الغير القابض طلب حصته من المدين وللمدين أيضاً الرجوع على الشريك القابض وتضمينه المقدار الذي قبضه أكثر من حصته أي ان له حق استرجاعه. أنظر المادة (٩٧)

المادة (١١٠٧) - (إذا استأجر أحد الشريكين المدين باجرة في مقابلة حصته من الدين المشترك فللآخر أن يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجرة)

إذا استأجر أحد الشريكين المدين أو استأجر عقاره أو منقوله باجرة في مقابلة حصته من الدين المشترك فيكون الشريك الآخر مخيراً إن شاء ضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجرة لأنه قد جعل الدين المشترك اجرة ويكون الدائن المستأجر قد قبض ذلك الدين (أبو السعود) وفي هذا الحال يكون المبلغ الباقي في ذمة المدين مشتركاً كما كان.

مثلاً لو كان مقدار الدين المشترك مناصفة اربعمائة درهم فاستأجر أحد الدائنين المدين مدة شهرين للخدمة مقابل مائتي درهم حصته من الدين فاستخدمه فللشريك الآخر تضمين الشريك المستأجر مائة درهم وتكون المائتا الدرهم الباقية في ذمة المدين مشتركة كما كانت (الهندية) وإن شاء طلب حصته من المدين بموجب المادة (١١٠٥).

ويفهم من هذه الإيضاحات أنه لو حررت هذه المادة قبل المادة (١١٠٥) لكان أنسب.

وقد أشير شرحاً بأن تعبير «استئجار المدين» الوارد في هذه المادة ليس احترازياً إذ أنه لو استأجر أحد الدائنين مقابل حصته في الدين المشترك دار المدين أو فرسه أو ارضه فيجري في ذلك أيضاً حكم هذه

المادة (رد المحتار). وكذلك عبارة «في مقابل حصته من الدين» ليست احترازية وعليه فلو استأجر بأجرة مطلقة أي لم يضف عقد الإيجار إلى الدين المطلوب من ذمة المؤجر فوقع التقاص في الدينين فالحكم هو على المنوال المشروح (رد المحتار) وهذا الحكم يستفاد من المادة (١١١١) وفي هذه الصورة فالسؤال الذي يرد على أنه قد لزمت قسمة الدين قبل القبض قد أجيب عليه في شرح المادة (١١٠٣).

المادة (١١٠٨) - (إذا أخذ أحد الشريكين الدائنين من المدين رهناً في مقابلة حصته وتلف المرهون في يده فلشريكه أن يضمنه مقدار ما أصاب حصته في ذلك. مثلاً إذا كان مقدار الدين المشترك مناصفة ألف درهم فأخذ أحد الدائنين رهناً لأجل حصته يساوي خمسمائة درهم وتلف هذا الرهن في يده فقد سقط نصف الدين وللدائن الآخر أن يضمنه مائتين وخمسين درهماً العائدة إلى حصته).

إذا أخذ الشريكين من المدين رهناً في مقابلة حصته من الدين وتلف المرهون في يده وسقط الدين فيكون شريكه مخيراً إن شاء ضمنه مقدار ما أصاب حصته من الدين الساقط وإن شاء رجع على المدين لأن هذه المعاملة هي استيفاء حكمي فيجري فيها حكم المادة (١١٠٢) المتعلقة بالاستيفاء الحقيقي.

مثلاً لو كان مقدار الدين المشترك مناصفة ألف درهم وأخذ أحد الدائنين رهناً يساوي خمسمائة درهم لأجل حصته وتلف هذا الرهن في يده فبما أنه يسقط نصف الدين المشترك فيكون الدائن الآخر مخيراً إن شاء ضمن شريكه المرتهن مائتين وخمسين درهماً العائدة إلى حصته وفي هذا الحال يكون المبلغ الباقي وهو خمسمائة درهم مشتركاً مناصفة كما كان. وإن شاء أخذ تمام مطلوبه الخمسمائة الدرهم من المدين.

ولا يشترط أن تكون قيمة الرهن معادلة لمطلوب الدائن المرتهن ويجوز أن تكون زائدة أو ناقصة كما يستفاد ذلك من أحكام المواد (٣٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١ مع المواد ٧١٤ و ٧٣٦ و ٧٣٧) وعليه فبيان المجلة هنا معادلة قيمة المرهون للدين ليس احترازياً.

مثلاً لو أخذ أحد الدائنين في مثال المجلة المار الذكر مقابل حصته رهناً تساوي قيمته ثلاثمائة درهم وتلف في يده فيسقط من الدين المشترك ثلاثمائة درهم فلذلك للدائن الآخر أن يضمنه مائة وخمسين درهماً العائدة إلى حصته. وكذلك كما بين آنفاً اجمالاً، لو كان مقدار الدين ألف درهم وأخذ أحد الدائنين بدون اذن الشريك الآخر رهناً مقابل الدين المذكور تساوى قيمته ألف درهم وتلف المال المرهون في يده فيسقط نصف الدين فقط أي حصة المرتهن وللشريك الآخر إن شاء أخذ مطلوبه الخمسمائة الدرهم من المدين وفي هذا الحال يرجع المدين بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء ضمن مطلوبه الخمسمائة الدرهم لشريكه المرتهن (رد المحتار في الشركة).

بما أن المسألة المتعلقة بسقوط الدين بتلف الرهن قد بينت في شرح المادة (٧٤١) فيجب الرجوع إلى تلك المادة على من يريد التفصيل.

المادة (١١٠٩) - (إذا أخذ أحد الدائنين كفيلاً من المدين بحصته من الدين المشترك أو أحاله بها على آخر فللدائن الآخر أن يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه).

إذا أخذ الدائنين كفيلاً من المدين بحصته من الدين المشترك أو أحاله بحصته على آخر وقبل المحال عليه الحوالة فيكون الدائن الآخر مخيراً إن شاء شاركه في المبلغ الذي أخذه من الكفيل أو المحال عليه (الهندية) وفي هذا الحال يكون المبلغ الباقي في ذمة المدين مشتركاً كما كان. أنظر المادة (١١٠٢) وإن شاء طلب تمام حقه من المدين.

قد ذكر في المادتين (١١٠٢ و ١١٠٦) أنه إذا أخذ أحد الدائنين المتشاركين الدين المشترك من المدين وصرفه واستهلكه يضمن حصة شريكه، والحكم فيما يؤخذ من الكفيل او المحال عليه هو أيضاً على الوجه المذكور أي إذا صرفه واستهلكه لزمه الضمان، ولكن إذا تلف في يده قضاء فهل يلزمه الضمان؟ فيحرر

المادة (١١١٠) - (إذا وهب أحد الدائنين للمدين حصته من الدين المشترك أو أبرأ ذمته منها فهبته أو ابراؤه صحيح ولا يضمن حصة شريكه من أجل ذلك)

اذا وهب أحد الدائنين المشتركين للمدين كل أو بعض حصته من الدين المشترك أو أبرأ ذمته منها فهبته أو ابراؤه صحيح. أنظر المادة (١٥٦٢) أم اذا أبرأ أحد الشريكين المدين من كل الدين المشترك أو من مقدار أكثر من حصته ينظر: فاذا كان المبرئ عاقدا أي كان الدين المترتب في ذمة المدين متسببا عن عقده كالبيع والايجار فهذا الابراء صحيح عند الامام الاعظم ومحمد رحمهما الله تعالى لأن المبرىء مالك لحصته وعاقد في حصة شريكه والعاقد مقتدر على الابراء والحط، وفي هذه الصورة يضمن الشريك المبرئ حصة شريكه الآخر. أما عند الامام أبي يوسف فلا يصح هذا الابراء بمقدار الزائد من حصته حتى لو كان المبرئ عاقدا. وان المادة (١١١٢) هي من نوع هذه المسائل. ويفهم من الايضاحات التي ستبين هناك أن المجلة قد قبلت قول الطرفين (أي قول الامام الاعظم ومحمد) ومن الطبيعي أن يقبل في هذه المسألة أيضا قولهما. أما اذا كان المبرئ غير عاقد فابراؤه صحيح في حصته فقط وفي الزائد عن حصته أي في حصة شريكه غير صحيح بالاتفاق (الانقروي والطحطاوي). أنظر مادة (٩٦).

كذلك لو باع أحد الشريكين بغلة بأمر الشريك الآخر فأقر الآمر البائع بأن البائع قد قبض جميع الثمن يبرأ المشتري من حصة الآمر بالثمن المذكور ولا يبرأ من حصة البائع. وفي هذا الحال يقبض البائع حصته مستقلاً لنفسه وليس للآمر أن يشارك البائع في هذه الحصة.

كذلك لو أقر البائع في المسألة المذكورة أن الآمر قد قبض جميع الثمن وأنكر الآمر يبرأ المشتري من نصف الثمن وعليه اعطاء النصف الآخر للبائع لأنه حسب زعم البائع واعتقاده أن المدين قد أعطى حصة نفسه للآمر وقد كان هذا غير صحيح ويشترك الآمر في النصف المذكور الذي قبضه البائع أي أنه يأخذ حصته منه. أنظر المادة (١١٠١) لأنه في زعم واعتقاد الآمر أنه لم يقبض البائع شيئاً فكان مقبوض البائع مشتركاً (الأنقروي في الرابع في التوكيل في البيع والشراء).

لكن ماذا يصير في هذه الصورة في ربع الدين الآخر العائد للآمر هل يسقط أو أن للآمر أن يضمنه للبائع كما وضح آنفاً؟ فالظاهر أن له تضمينه للبائع إلا أنه يجب إيجاد نقل.

وعبارة «الإبراء» الواردة في هذه الفقرة هي للاحتراز من التأجيل فقد ذكر في المادة (١١١٢) أنه ليس لأحد الشريكين في الدين تأجيل حصته أي أنه يجوز للشريك الإبراء ولا يجوز له التأجيل ما دام ان الإبراء المؤبد جائز فكان من الأولى جواز الإبراء الموقت؟ والفرق في ذلك سيبين في شرح المادة (١١١٢).

ولا يكون ضامناً حصة شريكه من أجل ذلك لأن الإبراء اتلاف فلا يكون دخل في يد المشتري شيء ولا تمكن المشاركة فيه كما أنه لا يلزم ضمان لأن الضمان والمشاركة تقضي قبض الدين وتترتب عليه (أبو السعود ورد المحتار). وفي هذا الحال يبقى المبلغ الباقي في ذمة المدين لشريكه حصراً.

كذلك لو وهب أحد الشريكين في الدين بعض حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته من ذلك كان صحيحاً، وفي هذا الحال لو أدى المدين مقداراً من الدين الباقي في ذمته يقتسمه الشريكان الدائنان بنسبة باقي مطلوبهما وذلك لو كان الدين المشترك ألف درهم مثلاً فأبرأ أحد الشريكين المدين من مائة درهم ثم دفع المدين تسعمائة درهم فتكون أربعمائة درهم من التسعمائة الدرهم من ذلك المبلغ للشريك المبريء والخمسمائة للشريك الساكت (الهندية).

كذلك لو كان الدين المشترك عشرين ديناراً وأبرأ أحد الشريكين المدين من نصف حصته فيكون ثلث المبلغ الباقي في ذمة المدين وهو خمسة دنانير من الخمسة عشر ديناراً للشريك المبرئ والثلثان الباقيان أي العشرة الدنانير للشريك الغير المبريء (رد المحتار).

حيلة لأن يكون المبلغ المقبوض من أحد الشريكين في الدين المشترك خاصاً به:

يستفاد من هذه المادة حيلة لتخصيص أحد الشريكين مقبوضه من الدين المشترك بنفسه وذلك أن المدين يهب أحد الشريكين في الدين مبلغاً بمقدار حصته من الدين ويسلمه ثم بعد ذلك يهب الشريك الدائن المدين حصته من الدين أو يبرئه منها وليس للشريك الآخر أن يتداخل في المبلغ الذي قبضه شريكه بطريق الهبة (البهجة).

إلا أنه يوجد محذور في هذه الحيلة، وهو أنه إذا وهب المدين للدائن مبلغاً معادلاً لمقدار الدين

وسلمه اياه فإذا لم يبرئه الدائن بعد ذلك من حصته في الدين المشترك فيجب عليه إداء الـدين أيضاً فيتضرر المدين من ذلك، كما أنه إذا أبرأ الدائن المدين أولاً فإذا لم يهب المدين بعد ذلك مقدار الدين للدائن ويسلمه فيتضرر الدائن. ولإزالة هذا المحذور يجب في ابراء الدائن أن يشترك في الإبراء اعطاء عوض مقدار الدين وإذا وهب المدين يجب أن يشترط في الهبة ابراؤه من الدين.

حيلة أخرى

يبيع أحد الشريكين في الدين للمدين شيئاً خسيساً مقابل مطلوبه من الدين ويسلمه له ثم يبرئه من حصته في الدين المشترك ثم يطالب بثمن المبيع ويأخذه (رد المحتار والبحر والهندية) ولا يشترك الدائن الآخر في ثمن المبيع لم يكن المبيع حيث لم يكن المبيع مشتركاً بينهما.

مثلاً لو كان لإثنين دين مشترك مناصفة عشرون ديناراً في ذمة آخر وأراد أحدهما أخذ عشرة دنانير من المدين وحصرها بنفسه فيبيع ذلك الشريك للمدين علبة ثقاب مثلاً بتسمية عشرة دنانير ثمناً لها ويسلمه المبيع ثم أن البائع يبرئ المدين من عشرة دنانير من الدين المشترك الذي في ذمته ثم يستوفي مطلوبه العشرة الدنانير الثابتة في ذمة المشتري من جهة المبيع وليس للدائن الآخر المشاركة في هذا المبلغ.

إلا أنه يوجد محذور أيضاً في هذه الحيلة. وذلك إذا لم يبرئ الدائن المدين من الدين السابق المشترك فيكون المدين ملزماً باداء الدين وباداء الثمن المبيع لا سيما وإن البيع بشرط الإبراء عن الدين غير صحيح كما ذكر في شرح كتاب البيوع.

المادة (١١١١) - إذا أتلف أحد الدائنين في الدين المشترك مال المدين وتقاصا بحصته ضماناً فلشريكه أخذ حصته منه لكن إذا كان أحد الدائنين مديناً للمدين بسبب مقدم عن ثبوت الدين المشترك ثم حصلت المقاصة بحصته من الدين المشترك فليس لشريكه أن يضمنه حصته).

إذا أتلف أحد الدائنين في الدين المشترك مال المدين، وكان الأولى بالسباق والأخصر أن يقال: «إذا أتلف أحد الشريكين في الدين»، وتقاصا بحصته ضماناً بموجب المادة (٩١٢) فيكون الشريك مخيراً إن شاء أخذ حصته منه لأنه بالتقاص يكون قد قبض مقداراً من الدين المشترك (أبو السعود) لأن القاعدة إذا ألقى الدينان يكون الأول قد استوفى بالثاني (الدرر). وفي هذا الحال يبقى الدين الباقي في ذمة المدين ديناً مشتركاً كما كان. أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (١١٠٢). فإذا كان بدل الضمان مساوياً لمطلوب الشريك المتلف أو كان زائداً فيقع التقاص في تمامه أي يكون المتلف قد قبض تمام حصته من الدين. أما إذا كان بدل الضمان أنقص من مطلوب الشريك المتلف فيقع التقاص بقـدر ذلك وللشريك الآخر أن يطلب حصته بنسبة ذلك من المتلف، ويفهم من ذكر الإتلاف بصورة مطلقة أنه لا فرق فيما إذا كان الشريك الدائن أخذ مال المدين قبلاً غصباً ثم أتلفه أو أتلفه بدون أن يأخذه (كرميه النار على ثياب المدين واحراقه لها). (الكفاية). وإن شاء طلب تمام حصته من المدين.

كذلك إذا قبض أحد الشريكين في الدين مال المدين غصباً أو قبضه بشراء فاسد وباعه لآخر أو تلف في يده فالحكم حسب المنوال المشروح.

لكن إذا كان أحد الدائنين مديناً للمدين بسبب مقدم عن ثبوت الدين المشترك وحصل التقاص بحصته في الدين المشترك فليس لشريكه أن يضمنه حصته حتى لو ثبت هذا الدين بمجرد اقرار الشريك الدائن لأن الشريك الدائن، في هذه الصورة يكون قاضياً دينه إذ يعتبر في الدينين أن الآخر قضى الأول، ولا يعتبر في هذه الصورة أن الشريك الدائن قد استوفى دينه (الهندية والكفاية).

يوجد فرق ظاهر في هاتين المسألتين الواردة احداهما في الفقرة الأولى من هذه المادة والأخرى في الفقرة الثانية منها. وذلك إن بدل الضمان في المسألة الأولى قد وجب وثبت في ذمة الشريك المتلف بعد ثبوت ووجوب الدين المشترك فيكون المتلف قد استوفى مطلوبه ببدل الضمان أي كأنه أخذ مطلوبه نقداً ويكون للشريك الآخر حق في أخذ حصته من المتلف. أما في المسألة الثانية فدين المدين ثابت وواجب قبل الدين المشترك وقد ثبت الدين المشترك بعده وبما أن الدين المتأخر هو قضاء عن الدين المتقدم فيكون الشريك المتلف قاضياً دينه ولا يكون مستوفياً له.

كذلك لو أقر أحد الدائنين بأنه مدين للمدين بدين من جنس الدين المشترك قبل الدين المشترك وحصل التقاص بالمقر به بالدين المشترك وبرئ المدين من الحصة المقر بها فليس للشريك أن يضمنه حصته لأن هذه المعاملة هي قضاء للدين وليس اقتضاء وقبضاً له إذا أن الضمان والمشاركة تلزم بالاقتضاء والقبض ولا تلزم بالقضاء (أبو السعود والهندية) كما ذكر في شرح المادة (١١٠١).

وذكر «بحصته» بصورة مطلقة يفيد العموم في صورتي حصول التقاص لكل الحصة وفي بعضها وذلك لو كان الدين المشترك خمسين ديناراً وكان أحد الشريكين مديناً للمدين بالدين المشترك بعشرة دنانير فوقع التقاص في العشرة الدنانير فليس للدائن الآخر أن يضمن شريكه خمسة دنانير وفي هذا الحال يكون عشر ديناراً من الأربعين ديناراً الباقية في ذمة المدين للشريك المقاصص والخمسة والعشرين ديناراً للشريك الآخر.

المادة (١١١٢) - (ليس لأحد الدائنين أن يؤجل ويؤخر الدين المشترك بلا اذن الآخر)

ليس لأحد الدائنين أن يؤجل ويؤخر الدين المشترك الذي لم يترتب بقصد من أي واحد من الشريكين. وفي هذه الصورة لا يصح هذا التأجيل لا في حصة نفسه ولا في حصة شريكه، حتى انه لو قبض الدائن الآخر مقداراً من الدين المشترك فللدائن المؤجل أن يشاركه في الحال ولا يلزم تأخير قبض حصته من شريكه لحين حلول الأجل بداعي أن التأجيل الواقع صحيح.

ويستفاد من اطلاق عدم التأجيل عدم جواز تأجيل كل الدين المشترك وعدم جواز تأجيل حصة الشريك المؤجل إذ ليس له أن يؤجل كل الدين المشترك لأن هذا التأجيل غير جائز لأنه تصرف في حق

الغير بلا اذن كذلك ليس له تأجيل بعض الدين المشترك أي تأجيل حصته لأنه لو جاز هذا التأجيل للزم تقسيم الدين قبل القبض مع كونه غير جائز لأن القسمة هي تمييز ولا يتصور التمييز في الشيء الثابت في الذمة ولأن كل شريك من الشريكين في القسمة يملك شريكه الآخر حصته مقابل الحصة التي تملكها من شريكه مع أنه لا يجوز تمليك الدين لغير المدين ولذلك كان هذا التمليك نقل وصف من محل إلى محل آخر وانتقال الأوصاف محال، لأن الدين ليس إلا وصفاً شرعياً ويظهر أثره عند المطالبة، وقد قلنا إن هذه المعاملة أي التأجيل تؤدي إلى قسمة حصة الدين قبل القبض وذلك لأنه لو جاز التأجيل لكان نصيب كل واحد من الشريكين مخالفاً لحصة الآخر في الوصف والحكم لأن للشريك الساكت أي الذي لم يؤجل حصته أن يطالب بحصته في الحال مع أنه ليس للشريك المؤجل أن يطالب بحصته في الحال بل له أن يطالب بها عند حلول الأجل كما أنه يكون مخالفاً في الوصف إذ أنه يطلق على أحد النصيبين حال وعلى النصيب الآخر مؤجل. والقسمة هي عبارة عن مخالفة حصة لحصة أخرى.

وهذا الرأي مبنى على مذهب الإمام الأعظم ومحمد رحمهما الله. أما عند الإمام أبي يوسف فالتأجيل صحيح وجائز لأن التأجيل هو ابراء مقيد وما دام ان الإبراء المطلق جائز كما هو مذكور في المادة (١١١٠) فيجوز الإبراء المقيد (الهندية). أنظر شرح المادة (١٣٧٧)

وقد قال الشيخان أن بين الإبراء المؤقت أي التأجيل وبين الإبراء المطلق الوارد في المادة (١١١٠) فرقاً على وجهين ولذلك فالإبراء المطلق صحيح والإبراء المقيد غير صحيح.

الوجه الأول ـ هو أنه في الإبراء المطلق لا يبقى بعد الإبراء حصة للمبرئ فلا يلزم به قسمة الدين لأن القسمة تكون ببقاء كل حصة من حصص الشريكين. أما في الإبراء المقيد فتبقى حصة الشريك المبرئ على حالها ولا يسقط منها إلا التعجيل فيكون ذلك قسمة للدين.

الوجه الثاني ـ هو أن في الإبراء المقيد اضراراً بالشريك وحيث إنه إذا تصرف أحد الشريكين في الملك المشترك بوجه يوجب لحوق الضرر بالشريك الآخر لا ينفذ تصرفه في حق شريكه. أنظر شرح المادة (١٠٨٣)، ويوضح الأضرار في ذلك على الوجه الآتي: وهو أن التأجيل يحمل الشريك الآخر مؤونة المطالبة بجميع الدين إذ أنه لو جار لأحد الشريكين تأجيل الدين المشترك البالغ عشرين ديناراً فيكون للشريك المؤجل مشاركة الشريك الآخر عند حلول الأجل في نصف الدين الذي قبضه من المدين حسب المادة (١١٠٨) وبذلك تكون الدنانير العشرة الباقية في ذمة المدين مشتركة مناصفة أيضاً بينهما ثم بعد ذلك يكون للشريك المؤجل أن يؤجل حصة الدنانير الخمسة مرة أخرى فإذا قبض الشريك حصته من الدنانير العشرة يرجع الشريك المؤجل عند حلول الأجل على الشريك القابض ويشاركه فيما قبضه ثم يتكرر التأجيل والمشاركة على الوجه السالف وبذلك يحمل مؤونة المطالبة بجميع الدين للشريك فيتضرر بذلك.

أما في الابراء المؤبد فحيث لا يحق للشريك المبرئ أن يشترك بعد الابراء فيما يقبضه الشريك الآخر فليس في هذا الإبراء إضرار بالشريك (الكفاية).

إن الاختلاف الواقع بين الطرفين وبين الإمام أبي يوسف هو واقع في انشاء التأخير أي التأجيل أما إذا أقر أحد الشريكين أن الدين المشترك مؤجل لمدة كذا وأنكر الآخر فإقرار المقر في حصته صحيح بالإجماع (النهاية).

قيل «الدين الذي لم يترتب بعقد من أي واحد من الشريكين» كأن يرث الشريكان الدين المعجل لأنه إذا وجب الدين المشترك بإقراض أحد الشريكين فإذا كانا شريكين عناناً وأجل الشريك الذي باشر الإقراض الدين فالتأجيل صحيح في جميع الدين كتأجيل الوكيل بالبيع ثمن المبيع (البحر قبيل فصل صلح الورثة).

لاحقة

ولفظ «لاحقة» اسم فاعل من اللحاق، وبما أن عنوان البحث متعلق بالديون المشتركة وكانت المادة الآتية من غير هذا القبيل فقد رؤي لزوماً تفريقها بعنوان مخصوص.

إن الأكثر في الديون المشتركة أن يكون الدائنون متعددين والمدين واحد، أما هـذه المادة فهي بالعكس فالمدينون متعددون والدائن واحد، فلهذه المناسبة قد ذكرت هذه المادة في هذا الفصل.

المادة (١١١٣) - (إذا باع أحد مالاً لإثنين يطالب كل واحد منهما بحصته على حدة ولا يطلب دين أحدهما من الآخر ما لم يكن المشتريان كفيلي بعضهما)

لو ترتب لأحد في ذمة اثنين أو أكثر دين فللدائن أن يطلب من كل واحد منهم مقدار حصته من الدين فقط حتى لو كان هذا الدين ناشئاً عن سبب واحد، وتتفرع مسائل عديدة عن هذه القاعدة وهي:

من البيع: إذا باع أحد مالاً لإثنين يطالب كل واحد منهما بحصته من الثمن على حدة، ولا يطلب دين أحدهما من الآخر ما لم يكن المشتريان كفيلي بعضهما. أنظر المادة (٩٧)، مثلاً لو باع أحد لزيد وعمرو مالاً بعقد واحد بثمن قدره خمسون ديناراً فله أن يطالب زيداً بخمسة وعشرين ديناراً وعمراً بخمسة وعشرين ديناراً وليس له المطالبة بزيادة عن ذلك من أحدهما كأن يطلب من زيد جميع الثمن أو أن يطلب أكثر من خمسة وعشرين ديناراً.

من الإجارة: لو أجر أحد مالاً لإثنين فيطلب من كل منهما حصة على حدة ولا يطلب دين أحدهما من بدل الإيجار من الآخر ما لم يكن المستأجران كفيلي بعضهما في بدل الإيجار المترتب في ذمتهما.

من القرض: لو أقرض أحد عشرة دنانير لإثنين فله أن يطلب حصته من كل واحد منهما على حدة وليس له أن يطلب من أحدهما دين الآخر ما لم يكونا كفيلي بعضهما، أما إذا كان المدينان كفيلي بعضهما في البيع والإجارة والقرض أي أنه ضمن كل واحد منهما الدين الذي في ذمة الآخر فيطالب كل واحد منهما بجميع الدين من جهة الأصالة والكفالة كما أنه لو كفل أحدهما دين الآخر ولم يكفل الآخر الأول فيطلب

نصف الدين من الكفيل أصالة والنصف الآخر منه كفالة. أنظر المادة (٦٤٦). (الهامش والبهجة وعطا أفندي).

من الكفالة: والحكم في الكفالة هو على الوجه المشروح كما ذكر في المادة (٦٤٧).

من الإتلاف: إذا أتلف اثنان بالاشتراك مال أحد فلصاحب المال أن يطالب كلاً منهما بنصف بدل المال ولا يطلب من أحدهما دين الآخر الناشئ عن الإتلاف ما لم يكونا كفيلي بعضهما.

من الديات: لو قتل اثنان أحداً قتلاً موجباً للدية فيضمنان ديته بالاشتراك ولا يطلب حصة أحدهما في الدين من الآخر ما لم يكفلا بعضهما.

من الحوالة: لو قبل اثنان حوالة دين آخر فيكون كل منهما مكلفاً بدفع حصته فقط ولا يلزم المحال عليهما أن يدفع أحدهما دين الآخر ما لم يكونا كفيلي بعضهما.

خاتمة

(في حق أحكام القرض والدين ـ وتشمل مباحث عديدة)

قد بحث في هذا الفصل عن الديون المشتركة ولم يبحث عن المسائل المتعلقة بالديون الغير المشتركة والقرض، وسيبحث هنا تتميماً للفائدة في بعض احكام متعلقة بالقرض والدين.

المبحث الأول

(في بيان تعريف القرض وركنه)

المسألة الأولى ـ القرض (بالفتح والكسر) معناه اللغوي المال الذي يعطى على أن يؤخذ بعد ذلك بدله ويكون قيمياً أو مثلياً. وعلى هذا التقدير يكون القرض بمعنى المقروض. أما معناه الشرعي فهو عقد مخصوص يرد على دفع واعطاء المال المثلي لآخر على أن يرد مثله.

ويخرج بقيد «على أن يرد مثله» الوديعة والهبة والصدقة والعارية لأن الوديعة والعارية يجب ردهما عيناً كما أن الهبة والصدقة لا يلزم ردهما عيناً أو بدلاً «الدر المختار ورد المحتار».

المسألة الثانية ـ ينعقد القرض بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض أي يقيد الملكية. مثلاً لو قال المقرض للمستقرض: قد اعطيتك هذه الخمسين ديناراً أو الخمسين كيلة حنطة قرضاً لك. وأجاب المستقرض قائلاً: قبلت. ينعقد القرض.

كذلك لو قال أحد لآخر: اعطني خمس كيلات حنطة على أن أؤدي لك مثلها بعد وأعطاه كان هذا العقد قرضاً (رد المحتار بتغيير) ولا يكون هذا العقد بيعاً حتى لو كان بيعاً فهو غير جائز لأنه ربا.

كذلك لو أعطى أحد لآخر نقوداً قائلاً له: اصرف هذه على مصارفك أو حوائجك أو على الغزاة ولم يذكر بأن ذلك قرض أو هبة وقبض المذكور ذلك فلا يكون هبة بل يكون قرضاً لأن هذا اللفظ محتمل القرض والهبة وبما أن القرض أدنى من الهبة فالأولى حمله على القرض. أما لو أعطى أحد لآخر أثواباً قائلاً له: البسها فقبضها فلا يحمل ذلك على القرض الفاسد بل يحمل على الهبة للتصرف (البزازية قبيل الثاني في البيوع).

المسألة الثالثة ـ يكون الإيجاب والقبول في القرض بلفظ القرض وبلفظ الإعارة أيضاً لأنه إذا أعطى أي شيء يجوز اعطاؤه قرضاً باسم عارية فهو قرض (الهندية في الباب التاسع).

مثلاً لو قال أحد لآخر: قد أعرتك هذه الخمسين كيلة حنطة وقبل الآخر ذلك وقبض الحنطة كان قرضاً. ولهذا مستثنى واحد قد ذكر في المادة (٨٨٠) في شرح كتاب الأمانات، وكل شيء لا يجوز اعطاؤه قرضاً وأعطى باسم عارية فهو عارية. أنظر المادة الثالثة (الهندية والطحطاوي)

المسألة الرابعة ـ يصح القرض الذي يعطى بشرط أن يكون فلان كفيلاً سواء كان ذلك الشخص حاضراً أو كان غائباً وسواء كفل أو لم يكفل (الهندية في الباب التاسع عشر من البيوع). ويكون للمقرض الحق إذا لم يقدم الكفيل بفسخ القرض واسترداد المقروض حالاً وحق الاسترداد للمقرض موجود وثابت حتى لو أعطى كفيل لأن القرض عقد غير لازم.

المبحث الثاني

في بيان شروط القرض

المسألة الخامسة ـ يشترط أن يكون المستقرض عاقلاً مميزاً غير محجور، فلذلك لو أقرض أحد مالاً للصبي المحجور وسلمه اياه وتلف في يده فلا يلزم الصبي ضمان، أما إذا كان المقروض موجوداً في يد الصبي فللمقرض استرداده. أنظر المادتين (٩٥٧ و٩٦٠). والحكم في المعتوه هو على هذا الوجه أيضاً (الدر المختار في القرض)، أما إذا استهلك الصبي المحجور المال الذي قبضه قرضاً فقد اختلف فيه الطرفين لا يلزمه ضمان، أما عند أبي يوسف فيلزمه ضمان، وقد صحح قوله بالقول (وهو الصحيح)، وقد فصلت هذه المسألة والإختلاف المذكور في شرح المادة (٧٧٦) من كتاب الأمانات والمادة (٩٦٠) من كتاب الحجر والإكراه والشفعة.

المسألة السادسة ـ يشترط في القرض بيان مكان التأدية ويتعين محل القرض على أنه مكان التأدية (الطحطاوي ورد المحتار في السلم) ولو أقرضه طعاماً بشرط رده في مكان آخر بطل الشرط كذا في الد ر المختار، فلذلك لو استقرض أحد في دمشق من آخر خمسين كيلة حنطة أثناء ما كانت قيمة كل كيلة منها عشرين درهماً ثم تلاقى المقرض بالمستقرض في بغداد وطلب منه الحنطة التي أقرضه اياها وكان سعر كيلة الحنطة في بغداد ثلاثين درهماً فليس للمقرض أن يجبر المستقرض على تسليم الحنطة له في بغداد بل يؤخذ من المستقرض كفيل على اداء القرض في دمشق (التنوير ورد المحتار في القرض).

المسألة السابعة ـ لا يبطل القرض بالشروط الفاسدة ويكون الشرط المذكور لغواً فلذلك لو استقرض أحد سكة مغشوشة على أن يؤدي بدلها سكة خالصة كان القرض صحيحاً والشرط باطلاً ويكون المستقرض مجبوراً على رد مثل المقبوض.

كذلك لو استقرض أحد خمسين كيلة حنطة في دمشق على أن يسلمها في بغداد كان القرض صحيحاً والشرط باطلاً ويكون المقترض مجبوراً على اداء القرض في مكان القرض (رد المحتار).

المبحث الثالث

(في حكم القرض)

المسألة الثامنة ـ يملك المستقرض المقروض عند الطرفين بالقبض أو بقبض وكيله بالقبض أو بقبض رسوله أي بنفس القبض ولو لم يستهلكه المستقرض لأن القبض يفيد العين في الحال حيث بالإقراض والتسليم يخرج المقروض من ملك المقرض ويدخل في ملك المستقرض ويثبت في ذمته للمقرض مثل المقروض للمقرض.

فلذلك إذا أقرض أحد آخر خمسين كيلة حنطة وسلمها له وطلب المقرض من المستقرض قبل أن

يستهلك الحنطة المذكورة رد الحنطة المذكورة عيناً فللمستقرض أن يبقي الحنطة المذكورة وأن يسلمه مثلها وليس للمقرض أن يقول: إنني أطلب ردها عيناً (رد المحتار).

أما عند الإمام أبي يوسف فيجب رد المقروض عيناً إذا كان لم يزل في يد المستقرض وليس له اعطاء مثله ما لم يرض المقرض.

كذلك لو اشترى المستقرض من المقرض الحنطة التي استقرضها وقبضها فالبيع يكون كأن لم يكن ولا يوجب نقض القرض وبالعكس لو باع المستقرض الحنطة المذكورة للمقرض كان صحيحاً (الهندية في الباب التاسع عشر من البيوع والبزازية).

كذلك يصح قبض الوكيل بالقبض أو الرسول ويكون كقبض المستقرض وعليه لو أرسل المستقرض خادمه ليقبض المقروض من المقرض ويوصله إليه وادعى المقرض أنه أدى المبلغ المذكور للخادم وادعى الخادم بأنه قبض القرض وسلمه للمستقرض وانكر المستقرض قبض الخادم فالقول للمستقرض ولا يعد المستقرض مديناً ما لم يثبت قبض الخادم ولا يرجع المقرض أيضاً على الخادم لأن المقرض يقر ويصدق أن قبض الخادم بحق (الدر المختار).

أما إذا أقر المستقرض بأن الخادم قد قبض المبلغ المذكور من المقرض فيلزمه المبلغ المذكور. كذلك لو أمر أحد آخر قائلاً: (خذ لي من فلان كذا درهماً قرضاً) فاستقرض المأمور المذكور المبلغ المذكور من ذلك الشخص وقبضه وادعى بعد ذلك إنني أديت المبلغ المذكور لآمري وأنكر الآمر قبض المأمور فالقول للآمر ويلزم المأمور اداء ذلك المبلغ (البزازية قبل الثاني في البيوع) ولا يصدق بالإستقراض على الآمر إذا أنكر، وكذا لو أرسل إليه كتاباً بالاستقراض فبعث القرض مع من أوصل الكتاب لم يكن من مال الآمر حتى يصل إليه (الطحطاوي).

إن الفرق بين هذه المسألة والمسألة التي قبلها محتاج للتدقيق.

أما قبض المأمور بإيصال كتاب القرض للمقرض فغير معتبر أي لا يقوم مقام قبض طالب القرض، فعليه لو أرسل أحد لصراف قائلاً فيه: أرسل لي كذا مقداراً من النقود قرضاً وأرسل الكتاب للصراف مع شخص فأرسل الصراف ألف درهم مع ذلك الشخص للمقترض فلا يلزم المقترض شيء ما لم يصل المبلغ المذكور إليه أي لا يكون المبلغ المذكور ديناً في ذمة المذكور لأن حامل الكتاب هو رسول لتبليغ الكتاب فقط وليس لقبض القرض. أما إذا كان الرسول رسولاً بقبض القرض فيكون قبضه كقبض المرسل (البزازية في الأول من البيوع في نوع من القرض).

المسألة التاسعة - يصح التصرف في المال المقروض بقرض صحيح قبل القبض. مثلاً لو استقرض أحد من آخر كذا كيلة حنطة وأمر المقرض أن يزرع الحنطة المذكورة في مزرعته أي مزرعة المستقرض وزرع المقرض بناء على ذلك الأمر فالقرض صحيح ويكون المستقرض قد قبض المقروض (الهندية في الباب التاسع عشر من البيوع) أما إذا أحضر المقرض المال الذي أقرضه إلى المستقرض وقال له: خذ هذا. فقال له المستقرض: اطرحه في الماء فطرحه المقرض في الماء فيكون قد تلف مال المقرض ولا يلزم

المستقرض أي شيء (الهندية والبزازية في القرض) والحكم في الدين وفي رأس مال السلم هو على هذا الوجه. أما الحكم في الشراء والوديعة فهو خلاف ذلك فيعد قابضاً بالقاء المال في الماء والفرق هو أن المدين يمكنه أن يعطى غير المال الذي أحضر أما في الشراء والوديعة فليس له اعطاء غير ذلك (الطحطاوي).

المبحث الرابع

(في حق الأموال التي يصح اقراضها أو لا يصح)

المسألة العاشرة - يصح القرض في المثليات[1] كالمكيل والموزون والعدد والمتقارب، فلذلك يصح اقراض المكيلات كالشعير والحنطة والموزونات كالدقيق والدراهم والدنانير والتبن والثوب والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض والورق.

وعليه فيجوز استقراض الدراهم والدنانير واللحم وزناً والورق عدداً[2] والخبز وزناً وعدداً والجوز عدداً أو كيلاً (الهندية في الباب التاسع من البيوع ورد المحتار) ولا يجوز القرض في الأموال الغير المثلية أي يكون فاسداً كالحيوان والثياب والعقار والعدديات المتفاوتة[3] والأموال التي تقرض بقرض فاسد على هذا الوجه يجب ردها للمقرض إذا كانت لم تزل موجودة في يد المستقرض.

المسألة الحادية عشرة - إن المال المقبوض بقرض فاسد كالمال المقبوض ببيع فاسد، بناء عليه فالقرض الفاسد يفيد الحكم عند القبض لأن الإقراض الفاسد هو تمليك مقابل مجهول فهو لذلك فاسد، فإذا استقرض أحد داراً من آخر وتلفت في يده يضمن قيمة الدار للمقرض (الهندية ورد المحتار في القرض والأنقروي في المداينات والبزازية في القرض).

المسألة الثانية عشرة - إقراض المشاع صحيح، فلذلك لو أعطى أحد لآخر مائة دينار على أن يكون نصفها مضاربة ونصفها الآخر قرضاً صح وكانت الخمسون ديناراً قرضاً والباقي مضاربة (الخيرية قبيل الربا والهندية في الباب التاسع والعشرين في القرض والدين في كتاب الكراهية).

(١) هو كل ما يضمن بالمثل عند الإستهلاك

(٢) لم يعتبروا جودته ولا زيادة بعضه عن بعض

(٣) لتعذر رد المثل فيحرم الإنتفاع به لعدم اذن الشارع فيه وان رضيه المتعاقدان لا يبعه لثبوت الملك (الدر المختار والطحطاوي)

المبحث الخامس

(في حق كيفية اداء الدين وصورة براءة المدين وأسباب سقوط الدين)

المسألة الثالثة عشرة ـ يؤدي الدين بطريق المقاصة وذلك أن المال الذي يأخذه الدائن مقابل مطلوبه يكون مضموناً عليه حيث انه قبضه لنفسه على وجه التملك وبما أن للدائن في ذمة المدين مطلوباً بمثل ذلك المال فلذلك يقع بين هذين الدينين تقاص إذ لا يتصور اداء وقضاء الدين حقيقة لأن القضاء يصادف العين مع أن الدين وصف ثابت في الذمة فلذلك يقال: الديون تقضي بأمثالها. (الأنقروي). أنظر شرح المادة (١٥٨).

المسألة الرابعة عشرة ـ يبرأ المدين من الدين بتسع صور:

(أولًا) باداء الدين للدائن أو بادائه لورثته بعد وفاته وهذا يكون باداء مثل المال المقرض أو ببيع المدين أو بإيجاره للدائن مالاً مقابل دينه.

إيضاح بدل المثل: إذا أدى مثل المقروض يكون قد أدى الدين ولا يلتفت للرخص والغلاء حتى أنه لو استقرض الدراهم المكسورة مغشوشة على أن يؤديها دراهم صحيحة يبطل هذا الشرط (رد المحتار).

مثلاً: لو استقرض أحد خمسين ديناراً عثمانياً بينما كان الدينار الواحد رائجاً بمائة وثمانية قروش ثم نزل سعر الدينار إلى مائة قرش أو صعد إلى مائة وعشرين قرشاً فيكون المستقرض مجبوراً على اداء الخمسين الدينار المذكورة والنقود الفضية تقاس على ذلك أيضاً، كذلك لو استقرض أحد خمسين كيلة حنطة أثناء ما كان سعر الكيلة عشرين درهماً ثم صعدت قيمة الكيلة إلى أربعين درهماً أو هبطت إلى عشرة دراهم فالمستقرض مجبور على اعطاء الخمسين كيلة حنطة (رد المحتار وهامش البهجة في المداينات) إلا أنه إذا لم يكن الإعطاء بقصد أداء الدين لا يبرأ المدين. وذلك إذا أحضر المدين دينه لدائنه وأعطاه له لينتقد منه الصحيح من الزائف فضاعت النقود في يد الدائن أثناء ذلك فالضياع يكون من مال المدين ويبقى دين الدائن على حاله لأن الطالب وكيل المدين في الانتقاد فكانت يده كيد المدين (الخانية في براءة الغاصب والمدين) أما إذا أعطى المدين دينه للدائن دون أن يتكلم شيئاً ثم أدى الدائن النقود المذكورة للمدين لينتقدها وتلفت في يده فتكون تالفة من مال الدائن لأن الدائن قد أخذ حقه ثم سلمه للمدين لينتقده وأصبح المدين وكيلاً للدائن في الانتقاد فهلاك الدين بعد ذلك في يد المدين كهلاكه في يد الدائن (الخانية فيما ذكر).

إيضاح البيع: إذا باع المدين مالاً للدائن من غير جنس الدين مقابل دينه برضاء الدائن وأدى دينه على هذا الوجه فيصبح ذلك إذ لم يلزم افتراق دين عن دين.

فلذلك لو أقرض أحد آخر خمسين كيلة حنطة فطلبها المقرض من المستقرض فرضي المستقرض أن يعطي للمقرض بدلاً عن ذلك خمسمائة درهم ورضي الدائن بذلك وعقد الطرفان البيع على هذا الوجه وقبض المقرض الخمسمائة الدرهم في المجلس المذكور فيكون الدين أي الخمسون كيلة حنطة

قد أديت ولا يحق للطرفين الرجوع عن ذلك.

كذلك لو أدى المدين للدائن فضة بدلاً عن دينه الذهب ورضي الدائن بذلك وقبض الفضة في ذلك المجلس فيكون قد أدى الدين وليس للطرفين الرجوع عن ذلك.

أما إذا افترق الطرفان في هاتين المسألتين قبل قبض الخمسمائة الدرهم أو قبض الفضة بدل البيع لأنه افتراق دين عن دين فهو باطل (قال في البحر: وقبض الدين بالدين جائز إذا افترقا عن قبضهما في الصرف أو عن قبض أحدهما في غير الصرف). (الطحطاوي في القرض).

كذلك إذا تراضى الدائن والمدين على دفع خمسمائة درهم بدلاً عن الخمسين كيلة الدين وحرر سنداً بذلك ثم افترقا كانت هذه المعاملة فاسدة لأنه افتراق عن دين بدين «الخيرية في البيوع».

كذلك لو باع المدين فرساً للدائن مقابل دينه العشرين ديناراً وقبل الدائن الشراء جاز وصح ولا يشترط في ذلك تسليم الفرس في مجلس البيع لأن ذلك لا يوجب افتراق دين عن دين.

إيضاح الإيجار: إذا استأجر الدائن من المدين مالاً مقابل الدين الذي في ذمة المدين أو استأجر واستخدم نفس المدين جاز ويكون قد أدى الدين.

(ثانياً) يبرأ المدين من دين دائنه بحوالة دائنه على آخر أنظر المادة (٦٩٠). كذلك لو قبل أحد دين المدين على نفسه حوالة بدون أمر المدين برئ المدين من الدين.

(ثالثاً) يبرأ المدين من دين دائنه باداء كفيله للدين كما بين في كتاب الكفالة

(رابعاً) يبرأ المدين من دين دائنه باداء شخص أجنبي الدين. مثلاً لو أدى أحد دين أحد تبرعاً أو بأمر المدين جاز، وإذا ثبت بعد الاداء تبرعاً أن ليس للدائن دين أو أن الدائن قد أبرأ المدين ابراء اسقاط يرجع الشيء الذي دفعه المتبرع إلى ملكه وليس إلى ملك المدين أما إذا أدى الدين بأمر المدين ثم ظهر أن ليس للدائن دين على الوجه المشروح يرجع المال المدفوع إلى ملك المدين والمدين يضمنه أيضاً للمأمور (الأنقروي في المداينات).

(خامساً) إذا توفي الدائن وكان المدين وارثاً له بالحصر يسقط الدين عن المدين، مثلاً لو أعطى الأب لولده خمسين ديناراً قرضاً ثم توفي الأب وانحصر ارثه في ولده المدين يسقط الدين عن الولد كاملاً. أما إذا كان للأب المتوفي ولد آخر يسقط عن الولد المدين خمسة وعشرون ديناراً فقط ويكون ملزماً باداء الخمسة والعشرين ديناراً الأخرى لأخيه. (الخانية في براءة الغاصب والمدين) أخذا من قوله: رجل سرق منه مال الخ. أنظر المادة (٦٦٧).

(سادساً) كذلك يعتبر أن الدين أدى بصورة التقاص. وذلك لو ثبت في ذمة أحد دين لآخر عشرة دنانير ثم ثبت في ذمة ذلك الدائن مثلها للمدين فيعتبر الدين الثاني قد قضى بالدين الأول ولا يحق لأحدهما مطالبة الآخر بشيء. مثلاً لو كان لأحد في ذمة الآخر عشرة دنانير فباع المدين للدائن مالاً بثمن مسمى عشرة دنانير أو أتلف الدائن مالاً للمدين قيمته عشرة دنانير أو استهلكه يقع التقاص ولا يشترط

في ذلك التراضي لأنه وجد منه القبض «الهندية في كتاب الصرف في الباب الثالث من الفصل الأول»

ويوجد أربعة شروط في وقوع **التقاضي بدون تراض**:

الشرط الأول ـ أن يكون كلاهما ديناً، فلذلك لا يحصل التقاص في الوديعة عن الدين بدون التراضي.

مثلاً: لو كان زيد مديناً لعمرو بعشرة دنانير ثم أودع زيد عمراً عشرة دنانير فلا يحصل التقاص بذلك بدون التراضي، وإذا كانت الوديعة عند التراضي في يد المستودع تم التقاص أما إذا لم تكن في يده بل كانت في داره مثلاً فلا يتم التقاص ما لم يرجع إلى داره ويأخذها. (الأشباه والحموي والأنقروي).

أما إذا استهلك المستودع تلك الوديعة ولزم ذمته دين ضماناً لتلك الوديعة فيحصل حينئذ التقاص بدون التراضي.

الشرط الثاني ـ أن يكون الدينان معجلين فلذلك إذا كان الدينان مؤجلين أو كان أحدهما مؤجلاً والآخر معجلاً فلا يحصل التقاص ما لم يتفق الطرفان.

الشرط الثالث ـ يجب أن يكون الدينان متحدين جنساً فعليه لو كان أحدهما ذهباً والآخر فضة فلا يقع التقاص بدون التراضي كما أنه لا يقع أيضاً لو كان أحدهما سكة خالصة والآخر سكة مغشوشة (الهندية في الباب الثالث في الفصل الأول من الصرف بزيادة).

يقع التقاص في الدينين المختلفي الجنس بالتراضي وذلك لو كان لزيد في ذمة عمرو عشرة دنانير ثم باع عمرو لزيد مالاً بخمسين ريالاً واتفقا على التقاص جاز (الهندية من المحل المذكور).

الشرط الرابع ـ يجب أن يكون الدينان متساويين قوة فلذلك لو كان للزوج دين في ذمة الزوجة من جهة ثمن المبيع أو من جهة القرض وطلبت الزوجة نفقة من زوجها فلا يقع تقاص بين الدين المطلوب للزوج وبين النفقة المطلوبة بلا رضاء الزوج لأن دين النفقة أضعف (الأنقروي).

سابعاً ـ يسقط الدين بالإبراء، وذلك لو سمع الدائن أن مدينه توفي فأبرأه من الدين أو وهب الدين إليه ثم ظهر له أن المدين حي يرزق تمت البراءة وليس للدائن الرجوع عن ابرائه. أنظر المادة (٥١) لأنه وهبه منه بغير شرط (الخانية في براءة الغاصب والمدين).

إن الإبراء على وجهين:

الوجه الأول ـ أن يبرئ المبرئ وهو عالم بحقه ومطلوبه، وفي هذه الصورة تحصل البراءة ديانة وحكماً وقضاء بالإتفاق ويسقط الحق.

الوجه الثاني ـ أن يبريء المبريء وهو لا يعلم حقه ومطلوبه وفي الإبراء في هذه الصورة تحصل البراءة حكماً وقضاء وتحصل البراءة ديانة أيضاً عند الإمام أبي يوسف والمفتى به هو قول أبي يوسف لأن البراءة اسقاط والجهالة لا تمنع صحة الإسقاط (الخانية).

تقسيم الإبراء بصورة أخرى:

كما يصح الإبراء إذا وقع منجزاً يصح أيضاً إذا وقع بالخيار ويبطل الخيار. مثلاً لو قال الدائن أبرأت مديني زيداً من العشرة الدنانير المطلوبة لي من ذمته على أن أكون مخيراً في ذلك ثلاثة أيام صح الإبراء في الحال (الخانية فيما ذكر).

(ثامناً) يبرأ المدين من الدين بتلف الرهن أو المبيع بالوفاء الذي أخذ مقابل الدين في يد المرتهن أو المشتري. أنظر شرح المادة (٧٤١) والمادة (٤٠٠).

(تاسعاً) يبرأ المدين من الدين بأداء وارثه الدين بعد وفاته حتى أنه لو سي المدين دينه وتوفي وعلم الوارث بالدين فيلزم الوارث دفع الدين من التركة (الخانية في براءة الغاصب والمدين).

المبحث السادس

(في بيان حق استيفاء الدين)

المسألة الخامسة عشرة ـ للدائن أو نائبه استيفاء الدين، ونائب الدائن هو (أولاً) وكيله (ثانياً) وارثه أو وصيه إذا توفي الدائن والولي إذا كانت ورثته صغاراً (ثالثاً) الموصى له وذلك لو أوصى أحد باعطاء الدين المطلوب له من ذمة زيد لعمرو وتوفي وهو مصر على إيصائه فإذا كان ثلث مال الموصى مساعداً فلعمرو قبض الدين المذكور من زيد.

أما إذا استوفى آخر الدين من المدين ظلماً وبغير حق فلا يبرأ المدين من الدين وذلك لو استوفى ظالم الدين المطلوب لمتوفي من مدينيه فلا يبرأ المدينون من الدين، كذلك لو توفي الدائن ولم يظهر له وارث معروف فقبض أمين بيت المال دين المتوفي من المدين ثم ظهر وارث للدائن فللوارث أن يأخذ من المدين ما يستحقه إرثاً في الدين المذكور مرة أخرى. (الخانية في براءة الغاصب والمدين والهندية في الباب السابع عشر).

المسألة السادسة عشرة ـ إذا توفي الدائن ولم يكن له أي وارث فللمدين أن يتصدق بالدين على أن يكون ثوابه للمدين ليكون ذلك وديعة عند الله تعالى فيوصله إلى خصمه يوم القيامة (الخانية في براءة الغاصب والمدين).

المبحث السابع

(في حق أجود الدين وأردئه، وفي أخذ أو اعطاء خلاف الجنس)

المسألة السابعة عشرة ـ لا يجبر الدائن على قبول خلاف جنس دينه أو على قبول أجود أو أنقص منه على القول الصحيح، لكن إذا قبل ذلك برضائه فيجوز (الأنقروي في المداينات والطحطاوي). إذ لا يجبر الدائن المطلوب له عشرة دنانير على قبول خمسين ريالاً بدلاً عن ذلك كما أنه لا يجبر الدائن المطلوب له كذا درهماً سكة خالصة على قبول سكة مغشوشة أو على قبول سكة خالصة بدلاً من مطلوبه سكة

مغشوشة .

أما إذا أخذ الدائن مقابل دراهمه الجيدة دراهم زيوفاً بدون علم ثم علم ذلك بعد الإتفاق أو بعد تلفها في يده فيتم الإستيفاء ولا يحق له طلب أي شيء . أما إذا كانت النقود موجودة في يده عيناً فله اعادتها إلى المدين وطلب مثل حقها (الأنقروي في المحل المذكور) .

المسألة الثامنة عشرة ـ إذا طلب الدائن من مدينه دينه الدنانير العشرة فأعطاه المدين عشرين كيلة حنطة التي تساوي قيمتها عشرة دنانير بدون أن يبيعها له صراحة وبدون أن يذكر أنها مدفوعة عن الدين فتكون هذه المعاملة بيعاً مقابل الدين، أما إذا كانت قيمتها أقل من الدين وكان سعرها وقيمتها معلوماً بينهما فيقع البيع على مقدار من قيمة الدين وإلا فلا بيع بينهما (الأنقروي) .

المسألة التاسعة عشرة ـ لو أراد المدين إعطاء بدل الدراهم الجيدة زيوفاً ولم يقبل الدائن أخذها قائلاً : أنها لا تروج، فقال له المدين : خذها وإذا لم ترج أعدها إلي . فأخذها ولم ترج معه فله ردها إلى المدين وطلب بدل عنها دراهم جيدة .

ولو وجد المشتري المبيع معيباً فأراد أن يرده فقال البائع بعد فإن لم يُشتر فرُدّه عليَّ فعرضه فلم يشتر فليس له أن يرده والفرق أن الزيوف لا تكون ملكاً للقابض في الجياد ما لم تجوّز بها وأنه علق التجويز برواجها ورواجها أن يقبلها انسان مكان الجياد في ثمن مبيع أو قضاء دين فإذا وجد القبول من ذلك تم القبض لهذا قبوله سابقاً عليه اقتضاء وإن لم يجد القبول لم يصر مالكاً له فكان حق الرد باقياً كما كان (من المحل المذكور) .

المبحث الثامن

(في حق استيفاء الدائن حقه بلا رضاء المدين)

(وفي عدم جواز طلب أحد من آخر)

المسألة العشرون ـ إذا ظفر رب الدين بمال للمدين من جنس حقه فله أخذه بدون رضاء المدين إذا كان مطلوبه غير مؤجل وليس له أخذ مال خلاف الجنس كما أنه ليس له أخذ الجيد بدل الرديء (الطحطاوي) : فلذلك له أن يأخذ بدلاً عن عشرة دنانير عشرة دنانير مثلها وليس له أن يأخذ بدل العشرة الدنانير فرس المدين التي تساوي عشرة دنانير بدون رضائه كما أنه ليس له أخذ الجيد بدل الرديء أما عند أبي بكر الرازي فيجوز أخذ الفضة مقابل الذهب والذهب مقابل الفضة بلا رضاء المدين استحساناً (الأنقروي)[1] .

---

(١) عدم جواز الأخذ كان في زمانهم لمطاوعتهم في الحقوق، والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أي مال كان لا سيما في ديارنا لمداومتهم العقوق قال الشاعر :

عفاء على هذا الزمان فإنه ... زمان عقوق لا زمان حقوق
وكل رفيق فيه غير مرافق ... وكل صديق فيه غير صدوق

(الطحطاوي في الحجر)

المسألة الحادية والعشرون ـ إذا أخذ الأجنبي من المدين من جنس الدين مالاً جبراً اعانة للدائن واداه له جاز وذلك لو كان لزيد في ذمة عمرو عشرة دنانير فاغتصب بكر عشرة دنانير من عمرو وأداها لزيد جاز على القول المفتى به (الأنقروي في المداينات).

المسألة الثانية والعشرون ـ لا يجبر أحد اداء دين غيره ما لم يكن ثمة سبب شرعي كالكفالة أو الحوالة. أنظر المادة (٩٧).

فلذلك ليس للدائن أن يطلب الدين من خادم المدين لكونه خادمه بل يطلب الدين من المدين كما أنه ليس له أن يطلب دين المتوفي من شريكه ولا أن يطلب مطلوبه من ذمة المتوفي من وارثه الذي لم يقبض شيئاً من تركته بمجرد كونه وارثاً له.

كذلك ليس لأحد أن يطلب ويدعي بمطلوبه من ذمة آخر من مدين ذلك الآخر. أنظر المادة (١٦٤). إذ أنه إذا استقرض جماعة مبلغاً معلوماً من صراف وأمروا المقرض أن يؤدي القرض لأحدهم فلان فسلمه له فللقرض أن يطلب من القابض حصته من الدين فقط.

مثلاً إذا استقرض عشرة أشخاص من شخص عشرة دنانير وأمروا المقرض أن يؤدي المبلغ المذكور إلى أحدهم فلان فأداه له فليس للدائن أن يطلب من القابض إلا حصته من الدين أي ديناراً واحداً وليس له أن يطلب حصص التسعة الأشخاص الآخرين من القابض المذكور. (رد المحتار في القرض والبزازية قبيل الثاني من البيوع). أنظر المادة (١١١٣) وشرحها.

المسألة الثالثة والعشرون ـ لو كان لأحد في ذمة آخر عشرة دنانير وكان مديناً لآخر بعشرة دنانير ثم توفي فلدائنه أن يأخذ من مدينه العشرة الدنانير وأن يحبسها من دينه لأنه أخذه بإذن الشرع إلا أن المأخوذ يصير مضموناً عليه فيكون تقاصاً بدينه كما لو ظفر بمال المدين في حياته من جنس دينه (الخانية).

المبحث التاسع

(في حق ترجيح بعض الديون، وفي ضياع سند الدين وفي اعادته)

وفي كساد المبلغ المقترض أو اقطاعه لآخر)

المسألة الرابعة والعشرون ـ للمدين إذا لم يكن مريضاً أو محجوراً أن يقدم دين بعض دائنيه عن دائنيه الآخرين ويوفي ديونهم ولكن ليس للمدين المستغرق أن يؤدي في مرض موته دين بعض غرمائه ترجيحاً عن الآخرين وأن يحرم الآخرين. أنظر المادة (١٦٠٤) إلا أن له أداء الدين الذي استقرضه في مرض موته وثمن المبيع الذي اشتراه في مرض الموت (الأنقروي في المداينات قبيل كتاب الكفالة). فلذلك لو أدى أحد لدائنه مائة ريال من دينه وتوفي وتركته مستغرقة بالديون وأدى الدائن بأنه أخذ المبلغ المذكور في حال صحة المدين وأن المال المذكور له وادعى الغرماء الآخرون أن القبض حصل في مرض الموت وأن لهم حق المشاركة في المقبوض ينظر: فإذا كانت الريالات المقبوضة موجودة في يد القابض فيشاركه الغرماء في ذلك لأن الأخذ المذكور هو أمر حادث والأصل اضافة الحادث إلى حال المرض الذي هو أقرب الأوقات: أنظر المادة (١١) وإذا هلكت الريالات فليس لهم مشاركته لأن الإضافة إلى أقرب الأوقات هو استصحاب لظاهر الحال وإن كان يصلح للدفع إلا أنه لا يكفي إيجاب الضمان إذ أنه في حالة قيام المأخوذ يكون القابض مدعياً سلامة المقبوض لنفسه والغرماء ينكرون ذلك وبما أنه متفق أن المقبوض كان مالاً للميت فيكون ظاهر الحال شاهداً للغرماء أما بعد هلاك المقبوض فيكون الغرماء محتاجين لدليل يوجب الضمان وظاهر الحال يشهد لهم بذلك (الأنقروي في المداينات).

المسألة الخامسة والعشرون ـ لا يسقط الدين الصحيح إلا بالاداء أو الإبراء ولا يسقط بضياع السند أو اعادته (الدرر قبيل الكفالة). أنظر شرح المادة (٦٣١).

ولذلك فإدعاء سقوط الدين بضياع السند من يد الدائن لا يلتفت إليه. كما أنه لو قال المدين بتسعين درهماً لدائنه: أدّ لي سندي وخذ أربعين درهماً فأخذ الأربعين درهماً وأداه سند التسعين درهماً ولم يجر صلح بينهما فلا يسقط حق الدائن في الخمسين درهماً الباقية على قول (الأنقروي في المداينات عن القنية[١]).

المسألة السادسة والعشرون ـ إذا استقرض أحد نقوداً غالبة الغش أو زيوفاً عندما كانت رائجة (أنظر شرح المادة ١٣٠) واستهلكها ثم كسدت ففي صورة تأديتها ثلاثة أقوال:

القول الأول: قول الإمام الأعظم وهو لزوم مثلها كاسداً وعدم لزوم قيمتها ولا يعتبر الغلاء والرخص أي إذا كان في بلد واحد.

القول الثاني: قول الإمام أبي يوسف وهو لزوم قيمتها يوم القبض وهذا القول أقرب للصواب وقد

---

(١) قال لمدينه وفي يده قبالة عشرة دينار بنج دينار بده قباله نبودهم يبرأ عن الباقي وبه يفتى (الأنقروي عن جامع الفصولين)

أفتى بعض مشايخنا بقول أبي يوسف (وقوله أقرب للصواب في زماننا) .

القول الثالث: قول محمد وهو لزوم قيمتها في آخر يوم من رواجها والفتوى عليه (الدر المختار والطحطاوي) .

مثلاً: لو استقرض أحد سبعمائة درهم نحاسياً عندما كانت مائةٌ وأربعون درهماً رائجة بدينار ذهب عثماني واستهلكها ثم كسدت الدراهم النحاسية فعلى رأي الإمام أبي يوسف يكون المستقرض مجبوراً بأن يؤدي خمسة دنانير عثمانية أو ريالات فضية بموجب الحساب المذكور.

كذلك لو استقرض أحد خمسين ريالاً أثناء ما كان الريال رائجاً وقبضها واستهلكها ثم كسد فعند الإمام أبي يوسف يجب اداء قيمة الريالات المذكورة يوم قبضها ذهباً وليس له أن يؤدي مثل الريال الكاسد (علي أفندي في نوع في الكساد).

المسألة السابعة والعشرون ـ لو استقرض أحد شيئاً من المكيلات أو الموزونات وانقطع مثله بعد الإستهلاك وقبل الاداء أي لم يوجد مثله في الأسواق فإذا تراضى المقرض والمستقرض على قيمته وتقابضا في مجلس التراضي فبها وإلا يكون المقرض مجبوراً على الانتظار حتى يحدث ويدرك مثل المقروض بخلاف الفلوس إذا كسدت لأن هذا مما لا يوجد (التنوير والدر المختار والطحطاوي) .

المبحث العاشر

(في حق الوكالة والرسالة في الإقراض والاستقراض وفي تأجيل القرض)

المسألة الثامنة والعشرون ـ يجوز التوكيل بالإقراض ولا يجوز التوكيل بالاستقراض. فلذلك لو وكل أحد آخر بأن يستقرض له من فلان كذا مبلغاً فاستقرض المبلغ المذكور بالإضافة لنفسه بدون أن يضيفه لموكله كقوله للمقرض (اقرضني دراهم كذا) كان المقروض للوكيل. أنظر المادة (١٤٦٠) . وإن أخرجه مخرج الوكالة بأن اضافه لنفسه بأن قال اقرضني لفلان المرسل يصير مستقرضاً لنفسه ويكون ما استقرضه من الدراهم له وله أن يمنعها عن الموكل.

أما الرسالة بالاستقراض فجائزة وهو أنه لو قال أحد لآخر اعطني كذا ديناراً قرضاً للمرسل فلان فأداه فيكون القرض للمرسل وليس للرسول فعليه يجب على آخذ القرض هذا أن يؤديه لمرسله وليس له توقيفه لحسابه.

المسألة التاسعة والعشرون ـ تأجيل القرض باطل سواء عقد القرض مؤجلاً أو أجل بعد القرض وسواء كان التأجيل قبل استهلاك القرض أو بعد استهلاكه ويكون القرض على هذه الصورة معجلاً، حتى أنه لو تصالح أحد عن مبلغ الألف الدرهم المطلوبة من ذمته لآخر على خمسمائة درهم مؤجلة لمدة كذا فالصلح صحيح والأجل باطل. أما إذا كان الصلح عن انكار فيصح الأجل ويكون لازماً (الهندية في الباب التاسع عشر من البيوع).

أما في المسائل الثلاث الآتية الذكر فيلزم تأجيل القرض:

١ ـ التأجيل للقرض بطريق الوصية لازم، وذلك لو أوصى أحد بأن يؤدى إلى فلان كذا مبلغاً قرضاً مؤجلاً لمدة كذا كان هذا التأجيل لازماً. أنظر المادة (٥٤)

٢ ـ يلزم تأجيل المحال له للمحال عليه، وذلك إذا استقرض أحد من آخر مبلغاً فحول المستقرض المقرض بالمبلغ المقروض على آخر وقبل المقرض الحوالة فإذا أجل المحال له المقرض القرض بعد ذلك على المحال عليه صح ولزم الأجل (الهندية في الباب التاسع عشر من البيوع).

٣ ـ لو كفل أحد دين آخر الناشئ عن القرض مؤجلاً يثبت الأجل في حق الكفيل ولكن لا يثبت الأجل في حق الأصيل.

المبحث الحادي عشر

(في حق الادعاء بأن النقود المقترضة مزيفة)

المسألة الثلاثون ـ إذا أحصى أحد النقود أثناء أخذ الدائن دينه ثم وجد الدائن بعض تلك النقود مزيفة فلا يلزم محصي النقود ضمان، وإذا أنكر المدين أن النقود المزيفة هي نقوده فالقول للدائن لأن الدائن منكر للأخذ من غيره، أما إذا أقر الدائن باستيفاء حقه أو بجيادة ما استلمه أو سلامته فليس له الرجوع بعد ذلك على المدين أنظر المادة (١٦٤٧) ما لم يقر المدين بأنه أدى نقوداً مزيفة. أنظر المادة (١٦٥٣). (الأنقروي في المداينات).

المسألة الحادية والثلاثون ـ إذا استقرض أحد من آخر خمسين ريالاً فضية وأقر باستهلاكها وادعى أنها كانت مزيفة وأنكر المقرض زيفها فينظر: فإذا كان ادعاؤه بأن الريالات المذكورة مزيفة موصولاً بإقراره بالقرض فالقول مع اليمين للمقر وأما إذا وقع ادعاؤه الزيف مفصولاً عن اقراره بالقرض أي وقع بعد ذلك فلا يصدق المستقرض بإدعائه الزيف (البزازية في أول من البيوع في نوع من القرض).

المبحث الثاني عشر

(في حق المعاملة، أي في حق الإقراض بالربح)

المسألة الثانية والثلاثون ـ كل قرض يشترط فيه منفعة فهو حرام، هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد فإن لم تكن مشروطة فدفع أجود فلا بأس (الطحطاوي) وعليه فسكنى المرتهن الدار المرهونة بإذن الراهن مكروهة على قول (الدر المختار)[1].

(١) وقيل يحل بالإذن وقيل إن شرطه كان ربا وإلا فلا (الطحطاوي) والأفضل أن يتورع المقرض عن قبول الهدية إذا علم أنها لأجل القرض، وإن كانت لصداقة أو قرابة بينهما أو كان المستقرض معروفاً بالجود والسخاء فلا يتورع وان أشكل الأمر تورع (الطحطاوي)

المسألة الثالثة والثلاثون ـ يوجد طريقان لجواز الإقراض بالربح :

١ ـ يبيع المقرض بالوساطة للمستقرض مالاً بثمن مؤجل ويسلمه ثم يبيع المستقرض المال المذكور بأنقص من الثمن الذي أخذ به المال معجلاً ويسلمه وفي هذه الصورة يكون المال الذي باعه قد وصل إليه بأقل من البدل الذي باع به وكانت الفضلة في الثمن ربحاً. مثلاً إذا أراد أحد أخذ مائة دينار من آخر بربح فيبيعه مالاً معيناً بمائة وتسعة دنانير مؤجلاً إلى سنة ويسلمه له ثم يبيع ذلك الشخص المال المذكور بعد القبض بمائة دينار إلى آخر ثم يبيع الآخر ذلك المال بعد القبض إلى صاحب المال الأول أي المقرض بمائة دينار ويأخذ المبلغ المذكور من ذلك الشخص ويسلمه للمستقرض (علي أفندي في المعاملة).

٢ ـ لو كان لأحد في ذمة آخر مائة دينار وأراد الزام المدين بتسعة دنانير ربحاً للمائة الدينار فيبيعه أحد كتبه بتسعة دنانير مؤجلة إلى سنة بيعاً صحيحاً ويسلمه الكتاب ويوهب المدين الكتاب بعد قبضه إلى شخص آخر ويسلمه له ويوهب الشخص الآخر الكتاب للدائن ويسلمه له فيكون للدائن حق عند انتهاء السنة في أخذ التسعة الدنانير من المدين وليس للمدين الإمتناع عن دفعها بقوله : قد عاد الكتاب إليك فلا ألزم بثمنه.

المسألة الرابعة والثلاثون ـ إذا ألزم الدائن مدينه بربح مؤجل لسنة مثلاً على الوجه المبين آنفاً فليس له مطالبة المدين قبل ختام السنة بالربح المذكور (علي أفندي في المداينات).

المسألة الخامسة والثلاثون ـ إذا أدى المدين دينه قبل حلول الأجل أو توفي المدين وحل الدين واستوفى الدائن دينه من التركة فللدائن أخذ ربح الأيام التي مرت فقط.

مثلاً لو استقرض أحد من آخر مائة ريال على أن يؤدي عنها ربحاً بطريق المعاملة تسعة ريالات في السنة فأدى دينه في نهاية الشهر السادس أو توفي المستقرض واستوفى الدين من تركته في تلك المدة فيأخذ المقرض أربعة ريالات ونصف ريال ربحاً فقط ولا يأخذ الباقي (رد المحتار قبل فصل في القرض).

المسألة السادسة والثلاثون ـ يلزم المدين بالربح بالنسبة المئوية التي أذن بها السلطان ولا يلزم بأزيد منها فإذا ألزم ونظرت المحكمة في الأمر فلا يحكم بالزيادة والربح الذي أذن به من قبل السلطان في زماننا هو تسعة في المائة.

المبحث الثالث عشر

(في حق قسمة الغرماء)

المسألة السابعة والثلاثون ـ تتعلق حقوق أربعة مترتبة في تركة الميت وهي :

١ ـ تجهيز وتكفين الميت بلا اسراف ولا تعتبر من أمواله .

٢ ـ تؤدى جميع ديونه من أمواله الباقية .

٣ ـ تنفذ وصيته من أمواله الباقية بعد ذلك من ثلث أمواله وتوفى .

٤ ـ تقسم جميع أمواله الباقية بين ورثته على الوجه الشرعي .

فلذلك إذا كانت تركة المتوفي تكفي لوفاء جميع ديونه فتوفى جميعها وإذا كانت لا توفى فينظر فإذا كان الدائن واحداً فيعطى له كل باقي التركة وإذا كان الدائن متعدداً فتقسم بين الدائنين (تقسيم الغرماء). (رد المحتار في الفرائض في باب المخارج) وإذا لم يكن له تركة فلا يجبر ورثة المتوفي على اداء دين مورثهم من مالهم. أنظر المادة (٢٢).

المسألة الثامنة والثلاثون ـ لا يرجح دين الوقف على الديون الأخرى فلذلك لو كانت تركة المتوفي المدين للوقف ولسائر الناس مستغرقة بالدين فيدخل دين الوقف في قسمة الغرماء كالديون الأخرى (الفيضية في التركة المستغرقة من كتاب الوصايا).

المسألة التاسعة والثلاثون ـ قسمة الغرماء هي اعطاء حصة لكل دائن من تركة المدين بنسبة دينه، وذلك بأن يضرب دين كل غريم في مجموع التركة ويقسم حاصل الضرب على مجموع الديون ويكون خارج القسمة حصة ذلك الغريم من التركة.

مثلاً: لو كان مجموع تركة المتوفي بعد التجهيز والتكفين تسعة دنانير وكان المتوفي مديناً لزيد بعشرة دنانير ولعمرو بخمسة دنانير فيكون مجموع الدين المطلوب من التركة خمسة عشر ديناراً فيضرب دين زيد العشرة الدنانير في الدنانير التسعة مجموع التركة ويقسم حاصل الضرب وهو تسعون ديناراً على مجموع الديون أي على الخمسة عشر ديناراً فيكون خارج القسمة ستة دنانير حصة زيد من التركة المذكورة، وكذلك إذا ضرب دين عمرو الدنانير الخمسة على الوجه المشروح وقسمت فيكون خارج القسمة ثلاثة دنانير حصة عمرو من التركة المذكورة.

كذلك لو فرض أن مجموع تركة المتوفي ثلاثة عشر ديناراً وعملت العملية الحسابية على الوجه المذكور فتكون حصة زيد ثمانية دنانير وثلثي دينار وحصة عمرو أربعة دنانير وثلث دينار (الطحطاوي في باب الفرائض في باب المخرج) .

المسألة الأربعون ـ إذا ظهر للمتوفي مال آخر بعد تقسيم التركة الموجودة غرامة ينظر، فإذا كان المال المذكور يفي بالديون الباقية فتؤدى وإذا لم يف يقسم غرامة كالأصول السابقة. (الطحطاوي) .

المسألة الحادية والأربعون ـ إذا ظهر غريم آخر بعد تقسيم كافة تركة المتوفي على الغرماء الموجودين غرامة فيرجع الغريم الأخير على الغرماء الذين قبضوا التركة بنسبة حصته.

الباب الثاني

(في بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول)

دليل مشروعية القسمة: الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

الكتاب: الآية الكريمة الواردة في سورة القمر ﴿ونبّئهم أنَّ الماءَ قسمةٌ بينهم﴾ مقسوم لها يوم ولهم يوم، وبينهم لتغلب العقلاء ﴿كل شِرْبٍ مُحتضَر﴾ يحضره صاحبه في نوبته (تفسير أبي السعود). والآية الكريمة ﴿وإذا حضر القسمة، واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خُمسَهُ وللرسول﴾ فهي دليل على مشروعية القسمة لأن معلومية مقدار الخمس إنما تكون بتفريقها من الأربعة الأخماس.

السنَّة: هي قول النبي الكريم: «اعط كل ذي حق حقه». ومباشرته القسمة في الغنائم والمواريث وقد قسم النبي الكريم الغنائم على الغانمين في فتح خيبر.

وقد انعقد اجماع الأمة على جواز القسمة (أبو السعود المصري والدر المختار والطوري).

الفصل الأول

(في تعريف القسمة وتقسيمها)

يتحرى في القسمة ثمانية أشياء: تعريفها وركنها وشرطها وحكمها وسببها ومحاسنها وصفتها وتقسيمها.

(تعريف القسمة) قد بين في المادة الآتية.

(ركنها) هو الفعل الذي يحصل به افراز وتمييز بين الأنصباء كالكيل في الكيلي والوزن في الوزني والعد في العددي والذرع في الذرعي (الزيلعي). أنظر المادتين (١٠٤٧ و ١٠٤٨).

(شرطها) عدم فوت منفعة المال المقسوم بالقسمة وعدم تبدله، فإذا فاتت منفعته أو تبدل المال فهو غير قابل القسمة كالبئر والرحى والحمام (الزيلعي والكفاية والطوري في أول القسمة) أنظر المادة (١١٣٠) حيث ان القسمة هي عبارة عن افراز للملك والمنفعة الثابتة للشريكين قبل القسمة. وإنما يتحقق الإفراز المذكور إذا بقي المفرز على حاله الأصلي مع منافعه التي كان عليها قبل الإفراز. أما إذا تبدلت فيخرج التقسيم المذكور عن كونه افرازاً ويصبح تبديلاً وعلى هذا يرد سؤال بأنه يجب أن يكون المال المبين في المادة (١١٤٠) غير قابل القسمة إلا أنه يجاب على ذلك بأن المراد من التبدل هو التبدل في جميع المتقاسم فيه وليس التبدل في أحده (أبو السعود).

(١١٤٠) غير قابل القسمة إلا أنه يجاب على ذلك بأن المراد من التبـدل هو التبـدل في جميع المتقاسم فيه وليس التبدل في أحده (أبو السعود) .

(حكمها) هو تعيين حصة كل شريك ملكاً وانتفاعاً على حدة، وعبارة عن امتيازها عن نصيب الآخر، لأن الأثر المترتب على القسمة هو ذلك (أبو السعود والطوري ومجمع الأنهر ورد المحتار) أنظر المادة (١١٦٢).

(سببها) هو طلب أحد الشريكين الإنتفاع بملكه على وجه الخصوص حيث أن كل شريك من الشريكين يتصرف في حصة الآخر فضلاً عن تصرفه في حصته، فالشريك الذي يطلب القسمة يكون طالباً تخصيص الانتفاع بحصته بنفسه وحصرها فيه ومنع شريكه من الانتفاع بها وعلى القاضي أن يجيب هذا الطلب (رد المحتار) حتى انه إذا لم يطلب الشريك ذلك فلا تصح القسمة (مجمع الأنهر) . أنظر المادة (١١٢٩).

(محاسنها) بما أنه يحصل لأحد الشـريكين سوء خلق من الآخـر فللخلاص من ذلـك يركن إلى الاقتسام .

(صفتها) وجوب التقسيم على القاضي إذا طلب بعض الشركاء أي يجب على القاضي اجبار الشريك الممتنع عن التقسيم على القسمة (الطوري) .

(تقسيمها) تقسم إلى ستة أوجه وذلك:

أولاً ـ تكون القسمة أما صحيحة أو باطلة إذ أن القسمة بشروط فاسدة باطلة حتى أنها لا تفيد الملك بالقبض على قول، وقد جزمت البزازية والأشباه بهذا القول (أبو السعود)[١].

ثانياً ـ القسمة أما قسمة في الأعيان وتعرّف في المادة الآتية ويبحث عنها حتى الفصل التاسع من هذا الباب، وأما قسمة في المنافع وهذه عبارة عن مبادلتها بجنس المنافع أي عبارة عن جميع المنـافع الشائعة في الأعيان (بأو السعـود). ويبحث عن ذلك في الفصـل التاسـع الذي سيبتـدئ من المادة (١١٧٤). (منلا مسكين).

ثالثاً ـ القسمة إما قسمة جمع أو قسمة تفريق. أنظر المادة (١١١٥).

رابعاً ـ القسمة إما أن تكون في المثليات وأما أن تكون في القيميات. أنظر المادة (١١١٦)

خامساً ـ القسمة إما قسمة رضاء أو قسمة قضاء. أنظر المادة (١١٢٠)

سادساً ـ القسمة إما أن تكون نافذة أو موقوفة، والقسمـه النافـذة تحصل بتقسيم الشـركاء أو نائبهم، والقسمة الموقوفة هي عبارة عن قسمة الفضولي. أنظر المادتين (١١٢٥ و ١١٢٦)

---

(١) قال في موضع آخر المقبوض في القسمة الفاسدة كالقسمة على شرط بيع شيء من المقسوم أو غيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف لقابضه وتضمينه بالقسمة كالمقبوض بالشرط الفاسد وقيل لا وبه جزم في الأشباه في الأول في البزازية.

المادة (١١١٤) ـ (القسمة هي تعيين الحصة الشائعة، يعني افراز وتمييز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل والوزن والذراع)

القسمة هي تعيين الحصة الشائعة بين المتقاسمين في حصة وفي مكان وجمعها وتمييزها وذلك أن حصة كل شريك في المال المشترك شائعة أي سارية في كل جزء من أجزاء المقسوم وبإجراء القسمة تصبح الحصة المذكورة معينة في مكان، وقد كان نصف هذه الحصة المعينة المقررة قبل القسمة لشريك ونصفها الآخر للشريك الآخر، ولذلك فالشريك الذي تصيبه تلك الحصة يملك نصفها باعتبارها ملكه وعين حقه، وبهذا الإعتبار يحصل في القسمة افراز، وبما أن النصف الآخر من الحصة المذكورة هو ملك شريكه فإنه يأخذه من شريكه عوضاً عن حصته التي بقيت عند شريكه وبذلك قد حصلت مبادلة بينهما (الطوري ومنلا مسكين) .

يعني افراز وتمييز الحصص السارية في كل جزء من أجزاء المقسوم بعضها عن بعض بمقياس ما كالكيل في المكيلات المشتركة والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في المعدودات وجمعها في مكان واحد. والكيل بوزن السيل هو مصدر لفعل كال ولهذا الفعل مصدر آخر وهو مكيل ويطلق الكيل أيضاً على المكيال. والوزن بفتح الواووسكون الزاي المعجمة تطلق على فعل الوزن كما تطلق عل الموزون. والذراع بوزن الكتاب وهو يطلق على مبدأ مرفق الإنسان إلى منتهى الأصبع الوسطي فالمقدار المساوي لذلك سمي ذراعاً ويسمى بالفارسية (كز) وفي التركية (أرشون) والمقياس بكسر الميم هو بمعنى الآلة التي يقاس بها. ويستفاد من التفصيلات الآتية أن الكيل والوزن وإن كانا يجيئان بمعنى اسم الآلة والمصدر إلا أن الذراع يجيء بمعنى اسم الآلة وبما أن المقياس هو بمعنى الآلة فلفظ الكيل والوزن لم يكونا بمعنى المصدر بل هما مستعملان بمعنى اسم الآلة.

قد عرّفت القسمة في المادة (١٠٤٦) بالتقسيم أما هنا فقد عرفت بعبارة أخرى فلذلك يجب معرفة سبب التعريف مرتين والفرق بين التعريفين. إن التعريف الأول مجمل وأما هذا التعريف فمفصل وبهذه الصورة يكون ذلك تفصيلاً بعد اجمال.

المادة (١١١٥) ـ (القسمة تكون على وجهين وذلك إما أن تقسم الأعيان المشتركة أي الأشياء المتعددة المشتركة إلى أقسام وبذلك تكون قد جمعت الحصص الشائعة في كل فرد منها في كل واحدة من القسم كتقسيم ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة إلى ثلاثة أقسام كل قسمة عشر شياه ويقال لها قسمة جمع. وإما أن تقسم العين المشتركة فتعين الحصص الشائعة في كل جزء منها في كل قسم منه كتقسيم عرصة إلى قسمين ويقال قسمة تفريق وقسمة فرد).

تحصل القسمة على وجهين. وتقسيم القسمة هذا التقسيم باعتبارها مقسوماً،ووجه الانحصار

هو إما أن يكون المقسوم شيئاً واحداً أو أشياء متعددة فإذا كان شيئاً واحداً فالقسمة في ذلك قسمة فرد وإذا كان أشياء متعددة فالقسمة في ذلك قسمة جمع وذلك:

إما أن تقسم الأعيان المشتركة أي الأشياء المتعددة المشتركة إلى اقسام بنسبة حصص الشركاء وبذلك تكون قد جمعت الحصص المشتركة في كل فرد من المقسوم في كل قسمة من القسم. والجمع لغة هو ضم شيء إلى شيء ويحصل بين شيئين على الأقل.

كتقسيم ثلاثين شاة مشتركة أثلاثاً بين ثلاثة أشخاص كل قسمة عشر شياه وقد كان لكل شريك من الشركاء في الثلاثين شاة ثلث شائع منها وقد جمعت هذه الحصص في أحد أقسامها أي في عشرة منها وأصبحت العشرة ملكاً مستقلاً لهذا الشريك وقد اجتمعت حصصه في الشياه الأخرى في هذه الشياه وقد انقطعت علاقة الشركاء الآخرين من هذه العشر الشياه.

وقيد (عشر شياه) ليس باحترازي إذ يجوز أن يأخذ أحدهما ثماني شياه والآخر تسع شياه والثالث ثلاث عشرة شاة إذ يعتبر في ذلك قيمة الشياه وليس عددها. وتسمى هذه القسمة أي قسمة الأعيان المشتركة قسمة جمع. والتفصيلات المتعلقة بذلك ستجيء في الفصل الثالث الذي سيبتدئ من المادة (١١٣٢).

ويفهم من هذه الإيضاحات أن تعريف قسمة الجمع هو تقسيم الأعيان المتعددة المشتركة إلى أقسام وجمع الحصص الشائعة في كل فرد منها في أحد أقسامها. والقسم الثاني من القسمة أن تقسم العين المشتركة بنسبة حصص الشركاء فتتعين الحصص الشائعة في كل جزء منها في أحد أقسامها كتقسيم عرصة مشتركة إلى قسمين فلذلك إذا قسمت عرصة مملوكة لزيد وعمرو بالاشتراك إلى قسمين فقد كانت حصة زيد قبل القسمة شائعة في كل قسم منها أما بعد القسمة فقد تعينت في قسم ولم يبق له علاقة في الحصة الأخرى كما أن حصة عمرو قد كانت شائعة في كل قسمة وقد تعينت بالقسمة في قسم وانقطعت علاقته من حصة زيد. وتسمى هذه القسمة أي تقسيم العين المشتركة إلى حصص قسمة تفريق وقسمة فرد، وسيأتي التفصيل عن ذلك في الفصل الرابع الذي يبتدئ من المادة (١١٣٩).

ويفهم من هذه الإيضاحات أن تعريف قسمة الفرد هو تعيين الحصص الشائعة في كل جزء من لعين المشتركة في كل حصة من أقسامها (مجمع الأنهر).

وهذه المادة لا تحتوي على حكم بل هي عبارة عن تقسيم القسمة وتعريف الأقسام.

المادة (١١١٦) - (القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة. مثلاً إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة فيكون لكل منهما النصف في كل حبة منها، فإذا قسمت جميعها إلى قسمين من قبيل قسمة الجمع وأعطى أحد أقسامها إلى واحد والثاني إلى الآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر

شريكه بنصف حصته. كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكل واحد منهما نصف حصة في كل جزء منها فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق وأعطى كل واحد منهما قسمة يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته).

القسمة مطلقاً سواء في المثليات أو في القيميات من جهة افراز أي تمييز ومن جهة مبادلة أي أخذ عوض، أي أن القسمة سواء في المثليات أو في القيميات مشتملة على معنيين فهي افراز بأحد معنييها أي أخذ عين الحق ومبادلة بالمعنى الثاني أي مبادلة حصة شريك بحصة شريكه الآخر وأخذ عوض حقه، مثلاً إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فيكون كل جزء معين من ذلك محتوياً على حصتين فإذا قسم إلى حصتين فنصف كل حصة هو ملك في الأصل لصاحب الحصة ولم تستفد من الشريك الآخر ونصفها الآخر ملك الشريك الآخر وحصلت بدلاً وعوضاً عن حصته التي تركت لشريكه في القسم الثاني. والقسمة باعتبار أخذ المالك لحصته المملوكة هي افراز وباعتبار أخذ حصة شريكه مقابل حصته التي تركها للشريك مبادلة والمبادلة هي عبارة عن الإعطاء من الجانبين (مجمع الأنهر والدرر).

والإفراز يتحقق فيما إذا بقي المفرز مع منافعه على الحال الأصلي الذي كان قبل الإفراز، وذلك إذا قسمت الدار الكبيرة إلى قسمين وكان كل قسم منها صالحاً لأن يتخذ داراً ومسكناً فيكون في هذه القسمة معنى الإفراز. أما إذا تبدل بالقسمة الأصل والمنافع فلا يبقى فيها معنى الإفراز بل يكون تبديلاً، فلذلك قد اعتبر الحائط والحمام والبئر وأمثالها غير قابلة للقسمة حيث لا يوجد في تقسيمها معنى الإفراز لأنه إذا قسم الحمام إلى قسمين يخرج عن أن يكون حماماً ولا يمكن الإستفادة من منافعه التي هي الإستحمام بل يصلح لأن يكون اصطبلاً مثلاً (الدرر). وقد ذكر ذلك في شرح عنوان الفصل الأول.

وقوله في هذه الفقرة «مبادلة» وعدم قوله بيعاً هو لكي يشمل قسمة المنافع (عبد الحليم). أنظر المادة (١١٧٨). لأن المهايأة من جهة افراز ومن جهة مبادلة أيضاً، وقد وضحت كيفية تحقق جهة الإفراز في القسمة وكيفية حصول المبادلة بمثالين أحدهما بالمثليات والآخر بالقيميات.

مثلاً إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة بغير صورة خلط واختلاط الأموال كما وضح في شرح المادة (١٠٨٨) فيكون لكل منهما النصف في كل حبة منها أي أنه يكون نصف كل حبة لأحدهما والنصف الآخر للآخر فإذا قسمت جميعها إلى قسمين أي قسمت تلك الكيلة إلى قسمين متساويين من قبيل قسمة الجمع أي إلى نصفي كيلة وأعطى أحد قسميها إلى أحدهما والقسم الآخر للآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته أي أنه يكون قد أفرز ربع الحصة بنسبة مجموع المال. وبتعبير آخر، يكون قد أفرز نصف الحصة التي تصيبه المملوكة له باعتبار أنها غير مأخوذة من شريكه ويكون قد بادل بالنصف الآخر أي بالربع بالنسبة إلى مجموع المال بنصيب شريكه الباقي

أي المملوك له فإذا أخذ في المثليات البعض بدلاً عن البعض الآخر فيكون المأخوذ في حكم عين المأخوذ منه بسبب وجود المماثلة بين المأخوذ والمأخوذ منه (رد المحتار).

كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين فيكون لكل واحد منهما حصته في كل جزء منها شائعاً، فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق وأعطى كل منهما قسمه يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته ويكون كل منهما قد بادل بنصف حصته أي بربع مجموع العرصة المملوكة لهما بنصف حصة الآخر باعتبار أنها جعلت عوضاً عن الحصة التي بقيت في يد الشريك الآخر وعليه فتكون هذه القسمة افرازاً بالاعتبار الأول ومبادلة بالاعتبار الثاني (رد المحتار).

ويفهم من التفصيلات الآنفة أنه توجد جهة الإفراز وجهة المبادلة في المقسوم القيمي والمقسوم المثلي إلا أنه قد تكون جهة الإفراز راجحة في بعض الأموال كالمثليات وجهة المبادلة راجحة في بعض الأموال كالقيميات. وستوضح هذه الجهة في المادة الآتية.

المادة (١١١٧) - (جهة الإفراز في المثليات راجحة. فلذلك لكل واحد من الشريكين في المثليات المشتركة أخذ حصته في غيبة الآخر دون اذن، لكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب إليه، وإذا تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما)

جهة الإفراز أي التمييز في المثليات أي في المكيل والموزون والمعدود المتقارب غالبة وراجحة حيث عند التقسيم يكون نصف كل حصة أخذها كل شريك من الشريكين هي عين حقه، وبهذا الاعتبار يكون الشريك قد أخذ عين حقه فتكون هذه القسمة عين الإفراز، ويكون النصف الآخر بدلاً عن حصته التي بقيت عند شريكه الآخر فتكون القسمة بهذا الاعتبار مبادلة. وإن يكن أن هذا البدل ليس عين المبدل إلا أنه مثله وبما أن هذا البدل لم يكن عين حق صاحب تلك الحصة فلا يكون لهذا الاعتبار آخذاً عين حقه إلا أنه لما لم يكن موجوداً تفاوت في مثل حقه وبعضه فيكون قد أخذ عين حصته صورة، أي يكون أخذ نصف تلك الحصة حقيقة من عين حقه وأخذ النصف الآخر صورة من عين حقه، فلذلك كانت جهة الإفراز فيه غالبة وراجحة (الدرر والدر المنتقى).

قيل: «جهة الإفراز راجحة» لأنه لم يكن خالياً عن جهة المبادلة حيث قد ذكر في المادة (١١١٦) ان نصف الحصة التي تصيب أحد الشريكين بالقسمة هي ماله أما النصف الآخر فقد كان مال شريكه فاتخذ عوضاً وبدلاً عن الحصة التي خرجت من نصيب الشريك.

الخلاصة: أنه إذا أفرزت المثليات فيكون قسم من الحصة المفرزة عين حق الآخذ وأما القسم الآخر وإن لم يكن عين الحق إلا أنه مثل الحق صورة ومعنى.

وقد فرّع في الكتب الفقهية ثلاث مسائل على جهة رجحان الإفراز:

المسألة الأولى - هي جواز أخذ الشريك حصته في المال المشترك في غيبة الشريك وتوضح هذه المسألة على الوجه الآتي:

لكل واحد من الشريكين في المثليات المشتركة أخذ حصته في غيبة الآخر دون اذن أي بدون رضاء إذا كانت تلك المثليات تحت وضع يد الشريكين لأن هذا الأخذ هو أخذ لعين حقه فلا يتوقف على حضور ورضاء الآخر (العيني والدر المنتقى) وإن يكن أن هذه القسمة لا تخلو عن المبادلة كما وضح في شرح المادة (١١١٤) إلا أنها باعتبارها مبادلة أيضاً فالمقدار الذي وصل إلى يد الشريك الآخذ هو مثل حقه ولا يوجد تفاوت بين الحصتين فجعل كوصول عين الحق (مجمع الأنهر).

قد ذكر في المادة (١١٢٨) أنه لا يجوز التقسيم في غيبة أحد الشريكين إلا أن التقسيم في المثليات المشتركة على هذا الوجه جائز، وهذه المسألة مستثناة من تلك المادة.

قد ذكر في الشرح إن أخذ الحصة في غياب الشريك مشروط بأن يكون المثلى المذكور في يد قبض الشريكين، أما إذا كان المال المذكور في غير قبضهما فليس للشريك الحاضر أخذ قدر حصته (أبو السعود).

إلا أن تمام هذه القسمة مشروط بتسليم حصة الغائب ولا تتم القسمة قبل التسليم، فلذلك إذا تلفت حصة الغائب قبل التسليم تنتقض القسمة ويكون خسار التالف عائداً على الشريكين وتكون الحصة التي قبضها الشريك مشتركة بينهما لأنه لما كان في هذه القسمة جهة مبادلة، ويلزم في المبادلة تراضى الطرفين، ولم يكن للغائب رضاء سابق في ذلك كما أنه لم يتصل منه رضاء لاحق بصورة أخذ حصته، فلذلك إذا تلفت حصة الغائب لزم الاشتراك في الحصة الباقية.

كذلك لو كانت المثليات مشتركة بين بالغ وصغير وأخذ البالغ حصته وسلم حصة الصغير للصغير أي لوليه فتتم القسمة، أما إذا تلفت حصة الصغير قبل التسليم فتنتقض القسمة ويكون خسار التالف عائداً على الشريكين كما أن الموجود يكون مشتركاً بينهما (رد المحتار).

ويحترز بقوله في هذه الفقرة «إذا تلفت حصة الغائب» من تلف حصة الحاضر لأنه إذا تلفت حصة الحاضر بعد القسمة وقبل استلام الغائب حصته فلا يوجب ذلك انتقاض القسمة (رد المحتار ولسان الحكام).

المسألة الثانية - إذا كان المثلى مشتركاً بين بالغ وصغير فللبالغ أخذ حصته وإذا سلمت حصة الصغير بعد البلوغ للصغير أو لوليه أو لوصيه حال صغره تنفذ القسمة وإلا فلا (أبو السعود).

المسألة الثالثة - جواز مرابحة البيع على نصف الثمن وذلك إذا اشترى اثنان مائة كيلة حنطة على أن تكون مشتركة مناصفة بمائة ريال ثم قسماها بينهما إلى قسمين ثم باع كل منهما حصته مرابحة بخمسة وخمسين ريالاً جاز (العناية).

المادة (١١١٨) - (جهة المبادلة في القيميات راجحة والمبادلة تكون إما بالتراضي أو بحكم القاضي، فلذلك لا يجوز لأحد الشريكين في الأعيان المشتركة من غير المثليات أخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه)

جهة المبادلة في القيميات أي في العقار والعدديات المتفاوتة راجحة عن جهة الإفراز لأنه يوجد تفاوت في ابعاض القيميات فلا تحصل بينهما معادلة تامة فلذلك لا يمكن جعل النصيب الذي يأخذه الشريك عند التقسيم عين حقه يقيناً (الدر ومجمع الأنهر وأبو السعود) لأنه وإن كان نصف هذا النصيب هو عين حقه إلا أنه النصف الآخر هو بدل لحقه الذي بقي عند شريكه وهذا البدل لم يكن عين المبدل كما أنه ليس مثله، وعلى هذه الصورة فالذي يأخذ هذا النصف الآخر ولا يكون آخذ عين حقه حقيقة كما أنه لا يكون آخذ مثله (حيث لم يكن من المثليات) فلا يكون آخذاً عين حقه صورة أيضاً. وعلى ذلك يكون قد أخذ تلك الحصة بدلاً وعوضاً إلا أنه لا يوجب هذا الدليل رجحان جهة المبادلة بل يوجب تساوي المبادلة والإفراز وذلك إذا قسمت الدار الكبيرة المشتركة بين زيد وعمرو إلى قسمين فأخذ زيد القسم الخاص بالضيافة وأخذ عمرو القسم العائد للسكن فنصف القسم الذي أخذه زيد الذي هو دار الضيوف هو ملكه في الأصل ولم يأخذه من عمرو فالتقسيم بهذا الاعتبار هو إفراز صرف وأخذ لعين الحق ولا يوجد في ذلك مبادلة مطلقاً وأما النصف الآخر من تلك الدار فقد كان مالاً لعمرو فجعل بدلاً للقسم الذي أخذه عمرو وحصل بذلك مبادلة بين حصته وحصة زيد وليس في ذلك افراز مطلقاً فعلى هذه الصورة كيف رجحت المبادلة على الإفراز في ذلك؟.

كذلك ان نصف دار الضيوف الذي أخذه عمرو هو ملك عمرو أصلاً ولا يوجد في ذلك مبادلة مطلقاً فالقسمة بهذا الاعتبار افراز صرف وأما النصف الآخر فقد كان ملك زيد وجعل عوضاً عن القسم الذي ترك لعمرو فالقسمة بهذا الاعتبار مبادلة صرفة فكيف رجحت هذه المبادلة على الإفراز؟.

إن جهة الإفراز ثابتة في المثليات حيث ان المأخوذ في القسم المعاوض هو عين المأخوذ منه وبتعبير آخر هو عين المبدل منه صورة ومعنى أيضاً وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكماً كما في القروض (الفتح) فعلى هذه الصورة فالقسمة في المثليات قسمة افراز صرف وبهذا الإعتبار ليس فيها مبادلة مطلقاً، والأمر على هذا الوجه في القيميات، وكذلك في المثليات يوجد مبادلة قسم، إلا أنه يوجد في هذه المبادلة معنى الإفراز أما في القيميات فلا يوجد في القسم الذي فيه جهة مبادلة معنى الإفراز، ويفهم من هذه التفصيلات أنه لو قيل هنا جهة المبادلة والإفراز سيان في القيميات لكان ذلك خالياً من الاعتراض (فتح القدير).

قد أوردت الأسئلة الآتية على رجحان جهة المبادلة:

السؤال الأول ـ لو كانت جهة المبادلة راجحة لوجب أن لا يجبر الشريك في الأموال القيمية المشتركة على القسمة حيث يشترط في المبادلة تراضي الطرفين كما في البيع والإجارة مع أنه يجوز الجبر على القسمة كما ورد في المادة (١١٣٠).

الجواب ـ بما أنه يجوز الإجبار من أجل حق الغير الذي لا يمكن الإستحصال عليه بدون الجبر فلذلك جاز الإجبار على المبادلة ولذلك نظيران، أولهما: يجبر المشتري على تسليم المشفوع مع كون التسليم المذكور معاوضة ومبادلة. أنظر المادة (١٠٣٧)، ثانيهما: يجبر المدين على بيع ماله لإيفاء الدين (الهندية والكفاية ورد المحتار). أنظر المادة (٩٩٨). والقسمة أيضاً هي من هذا القبيل

وهي مبادلة يتعلق بها حق الغير بسبب أن طالب القسمة يطلب حصر الإنتفاع بحصته ومنع غيره من الإنتفاع بها فجاز الجبر في ذلك.

السؤال الثاني ـ لو كانت جهة المبادلة راجحة لكان يجب جريان الغرور المبين في المادة (٦٥٨) في القسمة يعني إذا قسمت عرصة إلى قسمين وانشأ أحد المتقاسمين بناء في حصته فإذا ضبطت العرصة بالاستحقاق بعد ذلك فليس لصاحب البناء أن يسلم شريكه نصف البناء ويطلب قيمته من شريكه مع أنه كان له ذلك باعتبار جهة المبادلة راجحة؟.

الجواب ـ إن عدم جريان ضمان الغرور في القسمة هو لأن كل شريك من الشريكين محتاج لتخليص حقه ومنع رفيقه من الانتفاع به وهذا لا يكون إلا بالمبايعة فاضطر لتلك المبايعة لإحياء حقه فلذلك كانت المبايعة المذكورة جبرية فلا يثبت فيها حكم الغرور كما لا يثبت حكم الغرور إذا أخذ الشفيع المشفوع بحكم القاضي (الكفاية في أول القسمة).

والمبادلة إنما تكون بتراضي الطرفين في قسمة الرضاء أو بحكم القاضي في قسمة القضاء وحصول المبادلة بالتراضي ظاهر كبيع انسان ماله رضاء لآخر بكذا درهماً أو بتأجيره ماله لآخر بتسمية كذا درهماً بدلاً، أما كون المبادلة بحكم القاضي فهو يكون من أجل حق الغير في الأموال التي لا يمكن الاستحصال على الحق فيها بدون الإجبار وقد جاز فيها الإجبار وقد بين آنفاً أن القسمة هي من هذا القبيل (رد المحتار)

ويتفرع عن كون جهة المبادلة راجحة في القيميات ثلاث مسائل:

المسألة الأولى ـ لا يجوز لأحد الشريكين في الأعيان المشتركة من غير المثليات ولو كانت متحدة الجنس أخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه لأن نصف الحصة الذي يأخذه كل شريك منهما هو وإن كان ملكه إلا أن النصف الآخر هو عوض عن الحصة التي بقيت في يد شريكه وبدلٌ لها ففي المبادلة يجب اذن الشريك.

عبارة «في غيبة الآخر» الواردة في هذه الفقرة هي بمقام بدون اذنه وعطف ما بعده عليه هو عطف تفسير فلذلك لو كان الشريك حاضر ورأى بعينيه شريكه الآخر يأخذ حصته ولم يرض بذلك فليس للشريك الآخذ أخذ تلك الحصة. أنظر المادة (١١٢٨).

المسألة الثانية ـ لو كان مال قيمي مشتركاً بين صغير وبالغ فليس للبالغ أخذ حصته بل يجب تقسيم المال المشترك في حضور الولي أو الوصي قضاء أو رضاء.

المسألة الثالثة ـ لا تجوز مرابحة البيع على نصف الثمن، وذلك لو اشترى اثنان داراً كبيرة بثمانمائة دينار على أن تكون مشتركة بينهما مناصفة ثم قسماها بينهما مناصفة إلى قسمين وباع كل منهما حصته مرابحة بأربعمائة وخمسين ديناراً فلا يجوز (الهداية).

المادة (١١١٩) ـ (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات أما الأواني المصنوعة باليد والموزونات المتفاوتة فهي قيمية. وكذلك كل

جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا تقبل التمييز والتفريق كالحنطة المخلوطة بالشعير هو قيمي. وكذلك الذرعيات قيمية. أما الزرعيات كالجوخ من جنس واحد والقماش من مصنوعات المعامل التي لا يوجد تفاوت بين أفرادها ويباع كل ذراع منها بكذا درهماً فهي مثلية والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت في القيمة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر هي قيمية. وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية)

المكيلات والموزونات والعدديات المتفاوتة كالجوز والبيض كلها مثليات، فلذلك للشريك في تلك الأموال أن يأخذ حصته منها في غيبة شريكه بدون اذنه.

قد بينت في الكتب الفقهية التفصيلات المتعلقة بالقيمي في كتاب الغصب، وفي الحقيقة كان من اللازم معرفة ذلك في الكتاب المذكور، كما أن ذكر المجلة كتاب الغصب قبل كتاب الشركة أوجب بيان المثلي وقيمي في كتاب الغصب.

والأموال الآتية هي من المثليات وهي: اللحم والكمثرى المشمش والخوخ والتمر والعنب والزبيب والخل والدقيق والنخالة والقطن والصوف والخيطان والتبن والكتان والنحاس والرصاص والحديد والحناء والرياحين والكلأ الناشف والورق والفحم واللبن والزيت والزيتون والغزل المصبوغ.

أما الموزونات المختلفة والمتفاوتة بسبب اختلاف الصنعة كالأواني المصنوعة باليد فهي قيمية لأن الناس يتفاوتون في الحذق فلا يمكن مراعاة المماثلة في مصنوعاتهم (رد المحتار في الغصب) أي أن المصنوعات المثلية نوعان:

النوع الأول ـ التي لا تختلف باختلاف الصنعة كالدراهم والدنانير فالريالات والجنيهات المصنوعة في زماننا المتداولة بين الناس هي وإن كانت من المصنوعات إلا أنها غير مختلفة باختلاف الصنعة لأنها لم تكن من مصنوعات اليد بل هي تصاغ بقالب ولذلك فالجنيه العثماني الذي هو بمائة قرش مثل للجنيه الآخر بذات القيمة كما أن الريال ذا العشرين قرشاً مثل للريال الآخر ذي العشرين قرشاً.

كذلك الجوخ الذي من جنس واحد والأقمشة التي هي من مصنوعات معمل واحد من هذا القبيل كما سيبين آتياً.

النوع الثاني ـ المصنوعات التي تختلف باختلاف الصنعة كأباريق النحاس والقدور والأسورة ومع أن الفضة هي من المثليات فكون الأسورة المعمولة منها قيمية هو بسبب الصنعة لأن الصائغ يصنع الأسورة بصور مختلفة ولذلك فالأسورة المصنوعة من عشرين درهماً فضة أو ذهباً ليست مثلاً للأسورة الأخرى المعمولة عن عشرين درهماً فضة أو ذهباً.

وكذلك كل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة يتعسر بها التمييز كالحنطة المخلوطة بالشعير أو يتعذر بها التفريق والتمييز كمخلوط زيت الزيتون بالسيرج هو من القيميات أي أن كل مكيل أو موزون خلط بخلاف جنسه بصورة لا تقبل التفريق يخرج ذلك المثلي بهذا الخلط عن أن يكون مثلياً ويصبح قيمياً لأنه يمكن أن يكون في أحدهما جنس أكثر وجنس أقل والعكس في الآخر. وكذلك الكيلة الخليط من الحنطة والشعير ليست مثلاً لكيلة أخرى خليط من الحنطة والشعير لأنه يمكن أن تكون الحنطة في مخلوط نصف كيلة وتكون الحنطة في مخلوط آخر ثلاثة أرباع الكيلة. وكذلك الصابون من هذا القبيل قيمي لأن الزيت الذي في الصابون يكون كثيراً فيه وقليلاً في الصابون الآخر. أما إذا كان الزيت متساوياً في صابونين فيكون مثلياً فلذلك إذا صنع الصابون من نوع زيت وكانت جميع أجزائه بعين الجنس والمقدار فيكون مثلياً (عن العمادية).

كذلك الذرعيات قيمية والذرعيات جمع ذرعي وقد مر تعريفه في المادة (١٣٦) فلذلك لا تكون عرصة مثلاً للعرصة الأخرى كما أن قطعة عرصة ليس مثلاً لنصف تلك العرصة.

أما الذرعيات كالجوخ من جنس واحد والقماش من مصنوعات معمل واحد التي لا يوجد تفاوت بين أفرادها ويباع كل ذراع منها بكذا درهماً فهي مثلية.

وتعبير «يباع كل ذراع منها بكذا درهماً» يكون في الأشياء التي لا يوجد تفاوت معتد به في أجزائها كثوب من القماش اليمني أو ثوب البفت الأمير كاني إذ أن الذراعين من ثوب يمني هما مثل لذراعين من ثوب يمني من نفس الجنس وكذلك الأقمشة التي يباع كل ذراع منها بكذا درهماً والتي لا يوجد تفاوت معتد به في نسجها وغزلها هي مثلية (التنقيح في الغصب). أنظر فقرة «أما لو بيع ثوب جوخ» الواردة في المادة (٢٢٦).

أما العدديات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت في القيمة، سواء كانت من جنس واحد أو من أجناس مختلفة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر والرمان والسفرجل والقثاء أي الخيار فهي من القيميات وعليه فالحصان لا يكون مثلاً لحصان آخر في ارتفاعه وسنه ولونه كما أن الحصان ليس مثلاً للثور. وقد مر تعريف العدديات المتفاوتة في المادة (١٤٨).

وكتب الخط ولو كانت من جنس واحد قيمية وكتب الطبع من جنس واحد مثلية.

مثلاً النسختان من فتاوى البزازية المحررتان بخط اليد ليست احداهما مثلاً للأخرى ولو كانتا مكتوبتين على ورق من جنس واحد أو كان كاتبها خطاطاً واحداً لأنه قد يكون مداد احداهما وخطها أجود من مداد وخط الأخرى فتكون قيمتها أعلى من قيمة الأخرى كما أنه لو كان كل كتاب منها محرراً بخط خطاط آخر فيكون أحد الكتابين أرجح من الآخر في القيمة لحسن خطه وورقه ومداده.

أما الأجزاء من الكتاب المطبوع بترتيب واحد على ورق من جنس واحد وفي حجم واحد ككتاب رد المحتار الغير المجلد فهو مثلي إذ أن الخمسة الأجزاء المطبوعة من كتاب رد المحتار هي مثل للخمسة

الأجزاء الأخرى من أجزاء كتاب رد المحتار.

قيل «الغير المجلد» لأن الكتاب المطبوع المجلد ولو كان من جنس واحد ومطبوعاً بترتيب واحد فلا يكون مثلاً لكتاب آخر مجلد بشكل آخر لأنه بعلاوة صنعة التجليد إلى الكتاب يخرج الكتاب عن أن يكون مثلياً ويصبح قيمياً كخروج الذهب والفضة عن المثليات بحصول الصنعة فيهما. والكتب في زماننا يطبع قسم منها على ورق جيد والقسم الآخر على ورق أدون وتباع بأسعار مختلفة فلذلك لا يكون الكتاب المطبوع على ورق جيد مثلاً للكتاب المطبوع على ورق أقل جيادة فكتاب رد المحتار طبع مصر ليس مثلاً لكتاب رد المحتار طبع الأستانة. كذلك الطبعة الأولى من كتاب الفتاوى الهندية طبع مصر ليست كالكتاب الثاني الذي طبع أخيراً.

كذلك السرقين (بفتح السين وكسرها وكسر القاف) المعربة عن سركين الكلمة الفارسية والحطب وأوراق الشجر والجلود والتراب من القيميات. وقد عدد الفقهاء المثليات والقيميات إلا أنه قد بين صدر الشريعة أنه لا يحتاج إلى تعداد الأفراد على هذا الوجه بل يفهم ذلك النوع من التعاريف المذكورة في مادتي (١٤٥، ١٤٦).

المادة (١١٢٠) - (ينقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق إلى نوعين: النوع الأول قسمة الرضاء، والنوع الثاني قسمة القضاء)

وتعريف قسمة الرضاء قد ذكر في المادة (١١٢١) كما أن تعريف قسمة القضاء قد بين في المادة (١١٢٢) وعلى هذا الحال وبالنظر إلى المادة (١١٢٥) تكون أنواع القسمة أربعة وهي قسمة الجمع بالرضاء وقسمة التفريق بالرضاء وقسمة الجمع بالقضاء وقسمة التفريق بالقضاء.

لكن إذا كان بين المقسوم لهم صغير فلا تجوز قسمة الرضاء بل تحتاج إلى أمر القاضي لأنه ليس للشركاء ولاية على الصغير (الهداية) أي أنه لا حكم لرضاء الصغير كما أنه لو أجرى الشركاء القسمة بينهم وأفرزوا حصة الصغير فلا تتم القسمة أما إذا اتفق ولي الصغير أو وصيه مع الشركاء الآخرين على القسمة وأجرى القسمة فالقسمة صحيحة كما هو مصرح في المادة (١١٢٨).

المادة (١١٢١) - (قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم بالتراضي أو يقسمه القاضي برضائهم جميعاً)

قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين ويقرأ لفظ المتقاسمين بصيغة الجمع ويصح أن يراد بالجمع معنى ما فوق الواحد كما يجوز قراءتها بالتثنية على أنها بيان لأقل مراتب الشركاء. وهي القسمة التي تجري بين جميع أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسم جميع الشركاء بالرضاء أو يقسم القاضي بينهم برضائهم وقد جازت قسمة الرضاء لأن للشركاء الولاية على أنفسهم وعلى أموالهم (مجمع الأنهر).

ويفهم من الإيضاحات السالفة أن قسمة الرضاء نوعان:

النوع الأول ـ هو عبارة عن تقسيم المتقاسمين بالذات بالرضاء.

النوع الثاني ـ تقسيم القاضي برضاء المتقاسمين.

ويفهم من قيد (برضاء أصحابهم) أنه لو كان أحد الشركاء صغيراً أو مجنوناً فلا يكون حكم لرضائه فلذلك يجب أن ينوب أحد عنه. أنظر المادة (١١٢٨) (مجمع الأنهر والدر المختار)

المادة (١١٢٢) ـ (قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم أي بطلب بعض أصحاب الملك المشترك)

قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم. وقد تفنن في العبارة فلم يذكر عبارة المتقاسمين الواردة في المادة السابقة، وتعبير «جبراً» عطف تفسير وذلك لو كان الشركاء خمسة أشخاص فراجع أحدهم القاضي أو اثنان منهم أو ثلاثة أو أربعة منهم وطلب القسمة لامتناع الشركاء الآخرين فيقسم القاضي بينهم.

وقد بين في هذه المادة أن القاضي هو الذي يقسم بينهم إلا أنه لما كان التقسيم ليس قضاء وحكماً حقيقة فغير مفروض على القاضي مباشرة القسمة بالذات، وعليه فالقاضي إن شاء باشر القسمة بالذات وإن شاء حول أمر التقسيم إلى قسام لكنه مفروض على القاضي أن يجبر الشريك الممتنع عن القسمة لأنه لا يقتدر غير القاضي على الجبر إلا أن القضاة في زماننا يباشرون القسمة بالذات.

وقد اختلف في جواز أخذ القاضي اجرة مقابلة عمله بالتقسيم، فقد بين في المتون الفقهية أن التقسيم لم يكن من القضاء حقيقة وأن للقاضي أن يأخذ مقابل عمله في التقسيم اجرة أي أجر مثله أي أنه لما كانت القسمة غير معدودة من القضاء حقيقة فغير مفروض على القاضي أن يباشر القسمة بالذات بل أن المفروض عليه أن يجبر الممتنع عن القسمة فقط إلا أنه لما كان الإجبار على القسمة ممكناً من طرف القاضي فأصبحت القسمة مشابهة للقضاء والحكم فلذلك يستحب عدم أخذ اجرة على ذلك (العناية).

وقد بين في الكتب الفقهية الأخرى كالخلاصة والوهبانية أن التقسيم هو من جنس عمل القضاء وأنه لا يجوز للقاضي أخذ اجرة. مقدار الأجرة هي ربع عشر الأموال المقسومة، أي جزء من أربعين من قيمة المقسوم (من فتاوى اللامشي ويحيى أفندي في القسمة). ويعمل اليوم في المحاكم الشرعية بالقول الأول.

ليس للقاضي أن يأخذ اجرة مقابل حكمه وقضائه لأن القضاء على القاضي فرض وقد ذكر في المادة (٤٥٧) أنه لا يجوز أخذ اجرة مقابل عمل مفروض، وإذا أخذ يكون المأخوذ رشوة وحكمه باطل.

اختلاف الفقهاء في اجرة القسمة: إذا أخذ القاسم اجرة مقابل عمل التقسيم فتكون هذه الأجرة على نسبة عدد الرؤوس عند الإمام الأعظم لأن الاجرة هي مقابلة للتمييز والتمييز قد يكون صعباً في

القليل وسهلاً في الكثير فلذلك اعتبر أصل التمييز، وبما أن جميع الشركاء قد استفادوا من أصل التمييز متساوين فلزم عليهم دفع الأجرة بالسوية. أما عند الإمامين فتكون الأجرة بنسبة الأنصباء لأن الاجرة هي مؤونة المالك (الدر المختار ورد المحتار) فلذلك لو كان مال مشترك بين اثنين ثلثه لأحدهما وثلثاه للآخر فتؤخذ اجرة القسمة من الشريكين مناصفة عند الإمام وأثلاثاً عند الإمامين (منلا مسكين) ويعمل اليوم في المحاكم الشرعية بقول الإمامين.

مصارف الأملاك: قد اختلف في اجرة القاسم على الوجه المحرر. أما اجرة الكيال والوزان والراعي والحمال والحارس وباني الحائط المشترك ومشيده وكري النهر واصلاح القناة فيدفعها الشركاء بنسبة أنصبائهم بالإجماع.

مثلاً لو كان قطيع غنم مشتركاً بين اثنين أثلاثاً فأجرة الراعي وكذلك اجرة حفظ المال المشترك أثلاثاً يدفعها الشريكان للراعي وللحافظ أثلاثاً. كذلك لو اشترى اثنان صبرة مكيل أو موزون وأمر أحداً بكيلها ليعلما مقدارها فالأجرة تدفع منهما بقدر حصة كل واحد منهما في الملك، أما إذا كان هذا الكيل أو الوزن لعمل القسمة فيجري في ذلك الاختلاف كما هو مبين في الملتقى. أما صاحب الهداية فيقول أنه لا يجري في ذلك اختلاف سواء كان الكيل أو الوزن للقسمة أو لأي نوع آخر وان الاجرة تلزم بنسبة عدد الأنصباء (الدر المختار ورد المحتار).

الفصل الثاني

(في بيان شرائط القسمة)

المادة (١١٢٣) - (يشترط أن يكون المقسوم عيناً، فلذلك لا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض. مثلاً إذا كان للمتوفي ديون في ذمم أشخاص متعددين واقتسمها الورثة على أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث لا يصح. وفي هذه الصورة كل ما يحصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر. أنظر الفصل الثالث من الباب الأول)

يشترط في صحة القسمة أن يكون المقسوم عيناً وقد مر تعريف العين في المادة (١٥٩).

فلذلك لا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض سواء قسم الدين فقط أو قسم الدين مع العين وسيوضح ذلك قريباً.

ويثبت عدم الصحة بالوجوه الأربعة الآتية: -

أولاً - إن القسمة افراز وبما أن الدين هو أمر ثابت في دمة المدين ومجتمع في مكان واحد فلا يتحقق الإفراز فيه (الكفوي).

ثانياً ـ بما أنه يوجد في التقسيم معنى المبادلة فإذا قسم الدين فيلزم تمليك الدين لغير المدين ولا يجوز ذلك.

ثالثاً ـ بما أن الدين معدوم حقيقة وقد أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس توفيقاً للمادة (٣٢) لكي يتمكن الناس من شراء المال في مقابله وبما أنه لا حاجة لذلك في القسمة فقد اعتبر فيها معدوماً كما كان.

رابعاً ـ بما أن القسمة قد شرعت لتكميل المنفعة، وبما أن المنفعة في الدين غير موجودة فقد بطل تقسيمه قبل القبض (الأنقروي بزيادة).

أما تقسيم الدين بعد القبض فجائز لأن الدين بعد القبض لا يبقى في حال الدين بل يصبح عيناً منتفعاً بها، ولذلك لو قبض اثنان العشرين ديناراً التي لهما في ذمة زيد ثم اقتسماهما بعد القبض حسب حصصهما صحت القسمة لأن المقبوض المذكور أصبح عيناً.

وحكم هذه المادة عام وشامل للصور الثلاث الآتية:

الصورة الأولى ـ أن يكون المقسوم ديناً فقط وثابتاً في ذمم أشخاص متعددين. مثلاً إذا كان للمتوفي ديون في ذمم أشخاص متعددين واقتسمها الورثة على أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث لا يصح.

الصورة الثانية ـ أن يكون المقسوم عيناً وديناً يعني إذا كان المقسوم عيناً وديناً وقسم قسمة واحدة فلا يصح. أنظر المادة (٤٦) ولذلك إذا جرى التقسيم على أن يكون الدين الفلاني الذي على فلان مع هذه العين لهذا الوارث والدين المطلوب من فلان مع هذه العين للوارث الآخر فتكون القسمة باطلة في العين وفي الدين معاً.

كذلك لو جرى التقسيم على أن يكون الدين لفلان الوارث والعين لفلان الوارث كان التقسيم باطلاً (الطوري والنتيجة).

أما إذا اقتسم الشركاء الأعيان أولاً ثم بعد ذلك اقتسموا الديون صحت قسمة الأعيان وبطلت قسمة الديون (الأنقروي).

الصورة الثالثة ـ أن يكون المقسوم ديناً فقط ثابتاً في ذمة شخص واحد. وعليه فعبارة متعددين الواردة في المثال ليست قيداً احترازياً. مثلاً لو كان لإثنين في ذمة شخص واحد عشرة دنانير وخمسون ريالاً واقتسم الشريكان الدين المذكور فأخذ احدهما العشرة الدنانير وأخذ الآخر الخمسين ريالاً وأخذ كل منهما من المدين سنداً بالمقسوم فلا يصح.

وفي هذه الصور الثلاث المبينة في المتن والشرح كل ما يحصله أحد الورثة أو أحد الدائنين يشاركه فيه الوارث أو الدائن الآخر إذا أراد وإن شاء طلب حصته من المدين. أنظر الفصل الثالث من الباب الأول أي الباب الأول من الكتاب العاشر.

المادة (١١٢٤) - (لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص وتمييزها، مثلاً إذا قال أحد صاحبي الصبرة المشتركة من الحنطة للآخر: خذ أنت ذلك الطرف من الصبرة وهذا الطرف لي لا يكون قسمة).

لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص وتمييزها لأن حكم القسمة أي الأثر الذي يترتب على القسمة هو عبارة عن تعيين حصة كل واحد من الشركاء فإذا لم يحصل هذا الأثر فلا تصح القسمة وبما أن التمييز والإفراز هما بمعنى التفريق فعطف الإفراز على التمييز هو عطف تفسيري.

مثلاً إذا قال أحد صاحبي الصبرة المشتركة من الحنطة للآخر: خذ أنت ذلك الطرف من الصبرة وهذا الطرف لي ورضي الآخر لا يكون قسمة بل تقسم الحنطة بالكيل حسب المادة (١١٤٧) لكونها من المثليات حتى انه لو ميز وأفرز الشريكان الصبرة بتفريقها إلى قسمين وأخذ أحدهما طرفاً والآخر طرفاً آخر ورضيا بذلك فلا تصح القسمة أيضاً لأن الحنطة من الأموال الربوية فلا يصح تقسيمها مجازفة أي أنه لو قسمت الحصص وأفرزت على وجه التخمين فلا تصح القسمة كما أنه لا يصح تقسيم صبرتي حنطة بأن يأخذ أحد الشريكين صبرة ويأخذ الآخر صبرة أخرى.

والحاصل أنه يجب أن تقسم المكيلات والموزونات بالكيل والوزن وأن تتساوى الحصص أي أن تكون بنسبة حصص الشركاء في المال المشترك.

فلذلك لو قسم الشريكان الأربعين كيلة حنطة المشتركة بينهما مناصفة وكانت ثلاثون كيلة حنطة منها من النوع الادنى وتساوي قيمتها عشرة دنانير فقط وكانت العشرة الكيلات الأخرى من النوع الأعلى وكانت قيمتها عشرة دنانير أيضاً واقتسمها الشريكان بالتراضي أو بالقضاء فأخذ أحدهما الثلاثين الكيلة الدنيا وأخذ الآخر العشرة الكيلات العليا فلا يجوز.

أما لو أخذ مع الحنطة العليا مالاً آخر من خلاف الجنس كثوب قماش فيصح وتكون الفضلة التي بقيت للطرف الآخر مقابل ثوب القماش.

كذلك لو كانت أرض مشتركة مزروعة حنطة فاقتسمها الشريكان بقرب موسم الحصاد وأخذ كل منهما جهة من المزروعات غير المحصودة فلا يجوز لأنه يحتمل أن يكون قد أخذ أحد الشريكان حصة أكثر من الآخر فيكون ربا في هذا الحال.

أما إذا أعطى أحد المتقاسمين مالاً من ملكه للآخر وأدخله في التقسيم فتصح القسمة في هذا الحال كما ذكر آنفاً (القنية في القسمة والهندية والطوري).

المادة (١١٢٥) - (يشترط أن يكون المقسوم ملك الشركاء حين القسمة، فلذلك لو ظهر مستحق لكل المقسوم بعد القسمة بطلت القسمة، وكذلك إذا ظهر مستحق لجزء شائع من المقسوم كنصفه أو ثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار تقسيم

المقسوم. كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وتكون الحصة الباقية مشتركة بين أصحاب الحصص وإذا ظهر مستحق لمقدار معين في حصة أو لجزء شائع منها فيكون صاحب تلك الحصة مخيراً إن شاء فسخ القسمة وإن شاء لا يفسخها ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الأخرى مثلاً لو قسمت عرصة مساحتها مائة وستون ذراعاً إلى قسمين فظهر بعد التقسيم مستحق لنصف حصته فلصاحب الحصة إن شاء فسخ القسمة وإن شاء رجع على شريكه بربع حصته يعني يأخذ من حصته محل عشرين ذراعاً، وإذا ظهر مستحق لمقدار معين من كل حصة فإذا كانت الحصص متساوية فلا تفسخ القسمة وإذا كانت حصة أحدهما قليلة وحصة الآخر كثيرة فيعتبر مقدار الزيادة فقط ويكون كأنما ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة ويكون من أصاب حصته أكثرية الاستحقاق مخيراً كما مر إن شاء فسخ القسمة وإن شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان)

يشترط أن يكون كامل المال المقسوم ملك الشركاء حين القسمة فلذلك إذا لم يكن المقسوم ملكاً بل كان وقفاً فلا يصح التقسيم، مثلاً لو كان عقار واحد موقوفاً على اثنين فقسماه بينهما، فالتقسيم غير صحيح بالإجماع.

إلا أنه لو وقف أحد حصته الشائعة في عقار قابل للقسمة وحكم القاضي بجواز ذلك الوقف ثم جرى التقسيم في العقار المذكور بين الواقف والمالك فهذا التقسيم صحيح عند الإمامين (رد المحتار). وقد بين في شرح المادة (١١٤٠) أنه يصح تقسيم الوقف الذي يتصرف فيه بالإجارتين بين المتصرفين فيه.

والقسمة في الصور الثلاث الآتية الذكر باطلة كلياً وفي الصورتين الأخيرتين غير باطلة: ـ

الصورة الأولى ـ إذا ظهر مستحق لمجموع المقسوم بعد القسمة فضبط المقسوم على أنه ملك أو وقف بطلت القسمة ولا يبقى شيء من المقسوم ليعاد تقسيمه.

وقول المجلة «إذا ظهر مستحق» هو للاحتراز من الشفيع، فلذلك إذا ظهر للمقسوم شفيع فلا يوجب ذلك فسخ القسمة.

مثلاً لو اشترى أحد نصفاً شائعاً في دار ثم قسم مع بائعه وأفرز حصته فأخذ الشفيع حصة المشتري بالشفعة بحكم القاضي فليس له ابطال القسمة بل يأخذ حصة المشتري مقسومة (فتاوى ابن نجيم) وقد بين ذلك أيضاً في كتاب الشفعة في شرح المادة (١٠١٠).

الصورة الثانية ـ وإذا ظهر مستحق لجزء شائع من المقسوم كنصفه أو ثلثه أي نصف أو ثلث كل المقسوم وضبط على أنه وقف أو ملك فتبطل القسمة بالإتفاق ويلزم اعادة تقسيم الباقي من المقسوم لأنه

لو أبقيت القسمة على حالها يتضرر المستحق لتفرق حصته بين حصص الشركاء مع أنه لا ضرر. أنظر المادة (١٩).

مثلاً لو ظهر مستحق لربع عرصة شائعة قسمت إلى ثلاثة أقسام، فإذا لم تنقض القسمة وأبقيت فتكون ثلاثة أثلاث حصة المستحق متفرقة بين المقسوم لهم الثلاثة فيتضرر المستحق (رد المحتار). كما أنه إذا ظهر مستحق للجزء الشائع على هذا الوجه فسيرجع كل متقاسم على الآخر بالحصة المضبوطة منه فينعدم معنى الإفراز المقصود من القسمة (ابن ملك).

الصورة الثالثة ـ كذلك إذا ظهر مستحق لجميع حصة وضبطت على أنها ملك أو وقف تبطل القسمة وتكون الحصة الباقية مشتركة بين أصحاب الحصص لأنه لما أصبحت حصة كل شريك مختلطة بحصة الشركاء الآخرين فلا يتحقق معنى الإفراز والتمييز (الطوري) وعلى هذه الصورة إذا كانت الحصة الباقية قابلة للقسمة وطلب أصحاب الحصص التقسيم فتُقسم ثانياً.

وبطلان التقسيم في الصورة الثالثة يكون فيما إذا كانت الحصة الباقية في يد الشريك الآخر ولم يكن باعها لآخر كلاً أو بعضاً، وقد أشارت المجلة إلى ذلك بقولها «الحصة الباقية» أما إذا باعها لآخر فلا يطرأ خلل على البيع فيأخذ الشريك المستحق عليه من شريكه الآخر نصف حصته مثلاً التي باعها.

مثلاً لو كانت عرصة مشتركة مناصفة بين زيد وعمرو وقسمت إلى قسمين متساويين وأعطى نصفها لزيد ونصفها لعمرو ثم باع عمرو حصته كاملة إلى بكر ثم ضبطت حصة زيد بالاستحقاق فتبطل القسمة إلا أنه لا ينقض بيع عمرو وفي هذه الصورة يضمن عمرو لزيد نصف الحصة التي باعها لأن القسمة في هذه الصورة تنقلب إلى قسمة فاسدة وبما أن المقبوض في القسمة الفاسدة يكون مملوكاً فيكون البيع نافذاً والمبيع مضموناً بقيمته (الطوري والهندية).

الصورة الرابعة ـ وإذا ظهر مستحق لمقدار معين في حصة أو لجزء شائع منها فقط فلا تبطل القسمة لأن القسم الذي لم يضبط بالاستحقاق بقي مفرزاً على حاله وفي حال ليس لأحد فيه حق وبما أن القسمة هي بمعنى البيع وبما أن ضبط بعض المبيع بالاستحقاق لا يوجب بطلان البيع في المقدار الباقي بل يكون المشتري مخيراً في المقدار الباقي إن شاء نقض البيع وإن شاء قبله واسترد المقدار الذي يصيب المقدار المضبوط من الثمن. أنظر شرح المادة (٣٥١) فلذلك فالقسمة أيضاً على هذا الوجه.

وفي هذا الحال أي في صورة ظهور مستحق لمقدار معين من حصة يكون صاحب هذه الحصة أي المستحق عليه مخيراً بالاتفاق وفي صورة ظهور مستحق لجزء شائع منها يكون صاحب الحصة مخيراً عند الإمام الأعظم أما عند الإمام أبي يوسف فيجب فسخ القسمة لأجل حق المستحق لأنه قد ظهر أن للمقسوم شريكاً آخر وقد قسم بدون أخذ رضاه فكانت القسمة باطلة (رد المحتار).

وإن شاء صاحب الحصة فسخ القسمة لأن التجزئة في الأعيان المجتمعة عيب (عبد الحليم) أي أنه إذا لم تفسخ القسمة وأخذ الشريك المستحق عليه نقصان حصته من أصحاب الحصص الآخرين فيكون ما أخذه المستحق عليه موجوداً في الأقسام الأخرى وفي هذا الحال يحصل ضرر على الشريك المستحق

عليه وفي هذا الحال يضم ما بقي في يد المستحق عليه من الحصة على الأقسام التي في يد أصحاب الحصص وتجري القسمة بينهما تكراراً إذا كان هذا الباقي قابلاً للقسمة وإن شاء لا يفسخ القسمة أي يجيز تلك القسمة ويرجع على صاحب الحصة الأخرى بالنقصان الذي ضبطه المستحق.

ـ مثلاً إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين وقسمت بينهما قسمين متساويين وبعد تقسيمها ظهر مستحق لنصف معين من الحصة التي أصابت أحدهما أو لنصف شائع منها وضبطت بالإستحقاق فللشريك المستحق عليه أن يرجع على شريكه بربع الحصة التي في يده.

وقد نقل الطوري هذه المسألة من المحيط: عرصة تساوي قيمتها ألفي درهم ودار تساوي قيمتها ألف درهم مشتركَتان بين اثنين فاقتسماها رضاء فأخذ أحدهما العرصة على أن يرد للآخر فرساً قيمتها ألف درهم وأخذ الآخر الدار ثم أن الشريك الذي أخذ الدار باعها من آخر ثم ضبط علويّ تلك الدار بالإستحقاق وكان ذلك العلو عشر الدار فرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار وأمسك الباقي فلصاحب الدار أن يرجع على صاحب العرصة بستة عشر درهماً وثلثي درهم عند الإمام أما عند أبي يوسف فيرجع على نفس العرصة بذلك المقدار. انتهى.

والخيار في الصورة الرابعة مشروط بشرطين:

الشرط الأول ـ أن يكون الشريك المضبوط قسم من حصته بالاستحقاق لم يبع أي مقدار من حصته التي أصابته أما إذا باع النصف مثلاً من الحصة التي أصابته ثم ضبط باقيها بالاستحقاق فيكون البيع جائزاً ولا يكون مخيراً على الوجه المبين في هذه الفقرة من المجلة لأنه في هذا الحال لا يكون الشريك المستحق عليه قادراً على رد المقدار الذي لم يضبط بالاستحقاق من حصته فسقطا خيارها بل يأخذ ربع الحصة التي في يد الشريك الآخر لأن نصف الحصة التي ضبطت بالاستحقاق هي ملكه ونصفها الآخر هو عوض لحصته التي بقيت عند شريكه فإذا لم يسلم العوض المذكور له فله الرجوع على شريكه بحصته التي تركها له (الهندية).

الشرط الثاني ـ أن يكون ضبط قسم من الحصة بالاستحقاق مورثاً للعيب في باقي تلك الحصة والمثال للمورث للعيب هو مثال المجلة الآتي الذكر أما إذا لم يكن ذلك مورثاً للعيب فلا يكون المستحق عليه مخيراً وله الرجوع على شريكه بمقدار نصيبه فقط، مثلاً: لو كانت مائة شاة مشتركة بين اثنين مناصفة فقسمت بينهما وأصاب نصيب أحدهما أربعون شاة قيمتها مائة ريال وأصاب الآخر ستون شاة قيمتها مائة ريال ثم ضبط من الأربعين شاة شاة واحدة قيمتها عشرة ريالات بالاستحقاق فلصاحب الأربعين شاة الرجوع على صاحب الستين شاة بخمسة ريالات ولا يلزم نقض القسمة وقد بين أن الحكم في المبيع هو على هذا الوجه في شرح المادة (٣٥١) ويفهم من الإيضاحات السالفة أن الصورة الرابعة وإن ذكرت في المجلة بصورة مطلقة فهي مقيدة في الحقيقة على الوجه المشروع.

الصورة الخامسة ـ وإذا ظهر مستحق لمقدار معين من كل حصة فلا تفسخ القسمة وتعد هذه الحصة المستحقة كأن لم تكن فإذا كانت الحصص المستحقة متساوية فليس لأحد المتقاسمين الرجوع على

الآخر وإذا كانت غير متساوية فللشريك الذي نقصت حصته الرجوع على الآخر (أبو السعود).

وتوجد صورة وهي استحقاق جزء شائع من كل حصة وبما أن هذه الصورة هي في حكم الصورة الثانية المذكورة في المجلة فلم تبين على حدة (الطحطاوي بتغيير ما).

مثلاً لو قسمت العرصة المشتركة التي مساحتها مائتا ذراع إلى قسمين متساويين وأعطى كل شريك مائتا ذراع ثم ظهر مستحق لثلث القسمين أو لثلث قسم ولربع القسم الآخر ففي الصورة الأولى تفسخ القسمة ويجب أن يعاد التقسيم (رد المحتار).

١ ـ مثلاً إذا قسمت عرصة مساحتها مائة وستون ذراعاً بين اثنين حيث كان كل طرف منها مساوياً للطرف الآخر من جهة القيمة وليس له شرف على الآخر وأعطى لكل منهما ثمانون ذراعاً ثم ظهر مستحق لمجموعها أي للمائة والستين ذراعاً بطلت القسمة ولا محل لإجراء التقسيم ثانية.

٢ ـ وإذا ظهر مستحق لجزء شائع كالنصف أو الثلث من مجموع تلك العرصة فتبطل القسمة ويجب تقسيمها مرة أخرى إذا كانت قابلة للقسمة باشراك المستحق في القسمة أيضاً.

٣ ـ إذا ظهر مستحق لمجموع حصة واحدة أي للثمانين ذراعاً فتبطل القسمة أيضاً ويجب تقسيم الحصة الباقية الثمانين ذراعاً ثانية.

٤ ـ وإذا ظهر مستحق لنصف حصة أي لنصفها المعين أو لنصفها الشائع فصاحب تلك الحصة إن شاء فسخ القسمة وطلب اجراء القسمة مرة أخرى وإن شاء لم يفسخ القسمة ورجع بربع مجموع حصته والربع المذكور هو الثمن بالنسبة إلى مجموع حصص الشريكين أن أنه يأخذ من حصة شريكه عشرين ذراعاً وفي هذا الحال يكون ضرر الحصة التي ضبطت بالاستحقاق راجعاً على المتقاسمين مناصفة وتكون الحصة الباقية قد قسمت بينهما مناصفة أيضاً.

قد أتت المجلة بمثالها من العرصة لأن هذا الحكم هو في صورة أن يكون ضبط بعض الحصة بالاستحقاق مورثاً للعيب في الباقي كالعرصة والدار والخان. كما هو مبين آنفاً في مبحث الشرط الثاني أما إذا كان ضبط بعض الحصة غير مورث للعيب في الباقي فلا يوجب ذلك فسخ القسمة فلذلك إذا قسمت مائة شاة وضبط قسم من الشياه التي خرجت في نصيب أحد الشريكين قيمتها عشرة دنانير مثلاً فللشريك الرجوع على الآخر بخمسة دنانير وليس له الادعاء بفسخ القسمة (الهندية). والفرق هو أن ضبط قسم بالاستحقاق في العرصة والدار وما اشبه ذلك مورث للعيب في الباقي ولا يورث العيب فيما يماثل الشياه، والحكم في البيع هو أيضاً على هذا الوجه كما وضح في شرح المادة (١٥٣).

٥ ـ وإذا ظهر مستحق لمقدار معين من كل حصة فإذا كانت المقادير التي ضبطت من كل حصة متساوية أي ضبط عشرون ذراعاً من كل حصة حسب مثالنا فلا تفسخ القسمة ولا يبقى محل لرجوع أحدهما على الآخر، وإذا كان المقدار المعين المضبوط من كل حصة غير متساو وكان من حصة أحدهما كثيراً ومن الآخر قليلاً فأخذ مثلاً، حسب مثالنا، من أحدهما عشرة أذرع ومن الآخر عشرين ذراعاً

فيعتبر مقدار الزيادة فقط ويكون ذلك من قبيل الصورة الرابعة التي سبق بيانها كاستحقاق مقدار معين من حصة أحدهما فلذلك يكون صاحب الحصة الذي ضبط منه زيادة مخيراً على الوجه المبين في الصورة الرابعة أن شاء فسخ القسمة فتضم الحصة الباقية في يده إلى الحصة الموجودة في يد شريكه ويقسم المقدار الباقي المذكور بينهما عند الطلب وإن شاء لا يفسخ القسمة ويرجع على شريكه بمقدار النقصان. مثلاً: لو ضبط من أحدهما أربعة أذرع وضبط من الآخر ستة أذرع فلا يكون الشريك الذي ضبط منه أربعة أذرع مخيراً بل يكون الشريك الذي ضبط منه ستة أذرع مخيراً إن شاء فسخ القسمة وتضم الحصة التي بقيت من حصته إلى حصة الآخر وتقسم ثانية إذا كانت قابلة للقسمة وإن شاء رجع على شريكه بذراع واحد أي أنه يأخذ منه محل ذراع (أبو السعود).

ضمان الغرور في حالة ضبط بعض حصة بالاستحقاق من المقسوم:

وإن يكن ضبط الحصة المقسومة بالإستحقاق يثبت للشريك حق الرجوع إلا أنه يوجد تفصيل في الضرر المبين في المادة (٦٥٨) وفي حق الرجوع، فإذا وقعت القسمة في أموال إذا امتنع أحد الشريكين فيها عن القسمة يجبر على القسمة بطلب الآخر أنظر المادة (١١٣٢) فلا رجوع في هذه القسمة بالضرر سواء كانت القسمة رضاء أو كانت قضاء لأن الشريك الذي غرر على هذا الوجه لم يكن غرر من طرف شريكه. أنظر شرح المادة (١١١٨). مثلاً: لو قسم الشريكان الدار المشتركة بينهما وأنشأ أحدهما على حصته المقسومة بناء فضبطت بعد ذلك حصته بالاستحقاق فليس له الرجوع على شريكه بنصف قيمة البناء الذي بناه كما أنه لو أنشأ كلاهما أبنية على حصصهما المتساوية وضبطت حصصهما بالاستحقاق فليس لأحدهما الرجوع على الآخر بنصف قيمة البناء.

أما إذا كانت القسمة وقعت في أموال إذا امتنع أحد الشريكين عن اجراء القسمة فيها لا يجبر على القسمة إذا طلبها الشريك الآخر أنظر المادة (١١٥٣) فيثبت في هذه القسمة حق الرجوع بالضرر عند الإستحقاق لأن كل شريك من الشريكين ضامن لسلامة حصة شريكه فيكون كل منهما قد غرر من جانب شريكه.

مثلاً: إذا كانت داران مشتركتين بين اثنين وتقاسما مع بعضهما رضاء وأخذ كل منهما داراً من تينك الدارين فأنشأ أحدهما بناء في قسمته ثم ظهر مستحق وضبطها بالإستحقاق فللشريك المذكور الرجوع على شريكه بنصف قيمة البناء كما ذكر في شرح المادة (٦٥٨). (رد المحتار والكفوي والطوري).

المادة (١١٢٦) ـ (قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولاً أو فعلاً. مثلاً إذا قسم أحد المال المشترك من تلقاء نفسه فلا تكون القسمة جائزة ونافذة. لكن لو أجاز أصحابه قولاً بأن قالوا أحسنت أو تصرفوا بحصصهم المفرزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كالبيع والإيجار فتكون القسمة صحيحة ونافذة).

قسمة الفضولي موقوفة على اجازة المقسوم لهم قولاً أو فعلاً، لأن القاعدة أن كل عقد يصح فيه

التوكيل يتوقف عقد الفضولي فيه على الإجازة، والقسمة هي من العقود التي يصح فيها التوكيل (الخيرية).

وحق الإجازة في قسمة الفضولي هي للمقسوم لهم أو لوكيلهم أو لورثتهم بعد وفاتهم أو وصيهم أو للوصي بعد البلوغ فإذا أجاز هؤلاء قسمة الفضولي تكون نافذة ولا يصح لهم ردها بعد الإجازة وإذا لم يجيزوا تنفسخ القسمة ولا تنفذ بالإجازة بعد انفساخها لأنه يسقط حق الفسخ بالأجازة، ويسقط حق الإجازة بالفسخ ولا يعود هذا الحق بعد وقوع ذلك. أنظر المادة (٥١). مثلاً لو تقاسم الشركاء المال المشترك وكان أحدهم غائباً حين القسمة وعندما علم الغائب بإجراء القسمة وافراز حصته قال: لا أرضى بهذه القسمة لأن فيها غبناً فاحشاً، فإذا زرع بعد ذلك من حصته فلا يكون مجيزاً للقسمة (رد المحتار).

ويشترط في الأجازة أن يكون ما وقع عليه القسمة أي المال المقسوم قائماً فلذلك إذا تلف المال المقسوم لا تصح القسمة كما يشترط قيام المبيع في صحة اجازة البيع الفضولي (جامع أحكام الصغار).

فلذلك لو كانت فرسان مشتركتين بين اثنين وكان أحد الشريكين غائباً فقسم أحد الأجانب الفرسين مع الحاضر وأخذت احداهما حصة للغائب ثم جاء الغائب فأجاز القسمة وبعد ذلك تلفت الفرس في يد الأجنبي فلا يلزم أحداً ضمان. أما إذا تلفت الفرس في يد الأجنبي قبل الإجازة فتبطل القسمة وتبقى الفرس التي في يد الشريك الحاضر مشتركة ويكون الشريك الغائب مخيراً في حق الفرس التالف إن شاء ضمن خصته للأجنبي وإن شاء ضمنها لشريكه الحاضر (الطوري). لأن حصة الغائب هي وديعة في يد الشريك الحاضر بحكم المادة (١٠٨٧) فبإيداعه الفرس لآخر يلزمه الضمان.

تقسيم الاجازة إلى قسمين:

يفهم من المجلة أن الاجازة على قسمين:

(١) الإجازة قولاً ويقال لها الإجازة صراحة.
(٢) الإجازة فعلاً ويقال لها الإجازة دلالة.

مثلاً لو قسم أحد من تلقاء نفسه المال المشترك أي بدون أن يكون وكيلاً أو ولياً أو وصياً على الشركاء فلا تجوز القسمة ولا تنفذ كما هو الحال في البيع. **أنظر المادتين** (٣٦٥ و ٣٦٨).

وعطف عبارة «نافذة» على «جائزة» هو عطف تفسيري إذ أن معنى لا يجوز لا ينفذ لكن لو أجاز أصحاب المال المشترك الذي أجريت قسمته من طرف الفضولي قولاً أي صراحة بنحو أحسنت، أو أجزنا هذه القسمة، أو تصرفوا بحصصهم المفرزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كالبيع والإيجار فالقسمة صحيحة ونافذة، وقد فسر بذلك تصرف الملاك وقد استعمل تعبير تصرف الملاك في المواد (٣٠٤، ٣١٢، ٣٣٥، ٣٤٤، ٣٥٩).

كذلك لو اقتسم بالغ من صبي مميز غير مأذون مالاً مشتركاً فتكون القسمة موقوفة على الإجازة فإذا بلغ الصغير المذكور وتصرف في حصته المفرزة كأن باع مثلاً بعضها فيكون قد أجاز القسمة المذكورة (رد المحتار).

المادة (١١٢٧) ـ (يلزم أن تكون القسمة عادلة أي أن تعدل الحصص بحسب الاستحقاق وأن لا تكون بإحداها نقصان فاحش فلذلك تسمع دعوى الغبن الفاحش في القسمة. ولكن إذا إدعى المقسوم لهم الغبن الفاحش بعد اقرارهم باستيفاء الحق لا تسمع دعواهم).

يلزم أن تكون القسمة عادلة سواء كانت القسمة رضاء أو قضاء أو كان المقسوم مال شركة أو مالاً آخر أي أن تعدل الحصص بحسب الاستحقاق وأن لا يكون بإحداها نقصان فاحش فلذلك تسمع في القسمة دعوى الغبن الفاحش. أنظر المادة (١٦٥) وشرحها كما تسمع أيضاً دعوى الغلط في القسمة وتسليم الحصة ودعوى الحدود ولكن لا تسمع دعوى: أن كذا مالاً من المقسوم كان مالاً لي قبل القسمة.

والحاصل أنه تقع خمسة أنواع من الدعوى، أربعة منها مسموعة وواحدة غير مسموعة، ويوضح ذلك على الوجه الآتي:

١ ـ إيضاح دعوى الغبن الفاحش، ويفهم من ذكر الغبن بصورة مطلقة أن الغبن سواء كان في القيمة كما هو في القيميات، ويطلق على دعوى الغبن الفاحش في القيميات دعوى الغلط في القيمة وهي أن يقدر بدل حصة أحدهما ألف درهم فيظهر بعد ذلك أن بدلها وقيمتها خمسمائة درهم فقط (رد المحتار)، أو كانت عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الذرع أو الوزن أو العدد ويكون ذلك في المذروعات والموزونات والمعدودات أي أنه يشمل جميع هؤلاء (عبد الحليم).

فلذلك إذا تبين وجود الغبن الفاحش في القسمة بالحجة فتفسخ القسمة كما هو مذكور في المادة (١١٦٠) وتقسم ثانية قسمة عادلة أي أنه يجب أن يثبت وجود الغبن الفاحش في القسمة بالبينة لأن الظاهر وقوع القسمة على وجه المبادلة فلا تنقض إلا ببينة وإذا لم تكن بينة يحلف المنكر اليمين (رد المحتار). ويتوجه اليمين على الشريك أي على المدعى عليه ولا يتوجه على القاضي الذي قسم أو على القسام الذي نصبه القاضي (الباجوري).

مثلاً إذا ادعى أحد الورثة بعد اقتسام التركة وجود الغبن الفاحش في القسمة وأثبت الغبن الفاحش فله طلب تقسيم التركة قسمة عادلة (علي أفندي).

اختلاف الفقهاء:

قد اتفق على ابطال القسمة القضائية التي يتحقق فيها وقوع الغبن الفاحش لأن تصرف القاضي مقيد ومشروط بموافقته للعدل فإذا لم تكن عدالة في القسمة فيجب فسخها، أما إذا كانت القسمة التي وقع فيها الغبن الفاحش رضائية فإذا قال بعض العلماء بعدم جواز فسخها ففي ذلك وجه لأنهم

قالوا كما لا تصح دعوى الغبن الفاحش في البيع بدون تغرير فيجب أن لا تعتبر أيضاً القسمة لأنه قد وقع التراضي بين المتقاسمين (الطوري ورد المحتار) وقد قال بعض العلماء وأصحاب المتون بأنه تسمع دعوى الغلط والغبن الفاحش الرضائية أيضاً وأنه يجوز ابطالها عند الثبوت لأن جواز شرط القسمة وجود المعاملة فيها وقد عد هذا القول هو القول الصحيح.

فلذلك قد ذكرت القسمة في المجلة بصورة مطلقة وحيث ان المطلق يجري على اطلاقه حسب المادة (٦٤) فيفهم أن المجلة قد اختارت القول الثاني (رد المحتار ونتيجة الفتاوي بزيادة).

ويفهم من هذه الإيضاحات أنه لا يشترط في دعوى الغبن الفاحش في القسمة وجود التغرير كما في البيع.

ويحترز بقوله «الغبن الفاحش» من الغبن اليسير، فلذلك إذا ادعى أحد المقسوم لهم وجود غبن يسير في القسمة فلا تصح الدعوى سواء كانت القسمة رضاء أو قضاء لأنه لا يمكن الإحتراز عن الغبن اليسير. أنظر المادة (١٧) فلذلك لو أقيمت البينة على ذلك فلا تقبل (رد المحتار والطوري).

٢ ـ إيضاح الغلط، يطلق على الإدعاء بوقوع الغلط في تسليم المقدار الواجب تسليمه بموجب القسمة دعوى الغلط، وذلك أن يدعى أحد المقسوم لهم بأن الحصة الفلانية قد أصابته حين القسمة وقد سلمت سهواً إلى الشريك الآخر وهذه الدعوى صحيحة فإذا ادعى أحد المتقاسمين دعوى الغلط على هذه الصورة وأقر الخصم بها أو أنكر الخصم وأثبتها المدعى يحكم للمدعي، وإذا أقام كلاهما البينة ترجح بينة المدعى باعتباره خارجاً، وإذا عجز المدعي عن الإثبات فالقول مع اليمين للمنكر لأنها دعوى الأخذ غلطاً من أحد على آخر بعد تمام القسمة، وعلى ذلك إذا وجه اليمين على المدعى عليهم فأي منهم ينكل عن اليمين تقسم حصته وحصة المدعى مرة ثانية لأن النكول حجة قاصرة على الناكل فقط. أنظر المادتين (١٧٤٢ و١٨٢٠). (والطورى والكفوى ورد المحتار) ويجري في ذلك التحالف قسماً كما بين في شرح المادة (١١٦٠).

٣ ـ إيضاح دعوى تسليم الحصة، تجوز دعوى تسليم الحصة المقسومة، وذلك أن يدعي أحد المقسوم لهم أنه أصابه من المقسوم من محل كذا إلى محل كذا وأن شريكه لم يسلمه ذلك فإذا كذبه شريكه تحالفا لأن هذا الاختلاف هو اختلاف على ما حصل بالقسمة وهو نظير الاختلاف في المبيع والثمن الوارد ذكره في المادة (١٧٧٨).

٤ ـ إيضاح دعوى الحدود، إذا ادعى زيد المقسوم له قائلاً: إن حدود حصتي هي كذا مدعياً على جزء من القسم الذي تحت يد عمرو وادعى عمرو بأن حدود حصته هي إلى محل كذا مدعياً قسماً من الذي تحت يد زيد فأي منهما يقيم البينة يحكم له وإذا أقام كلاهما البينة يحكم لكل منهما بالجزء الذي تحت يد الآخر وإذا لم يقيما البينة يجري التحالف كما في البيع (رد المحتار).

كذلك إذا اقتسم شريكان داراً وبعد أن أفرز كل منهما حصته في الدار المذكورة ادعى أحدهما أن الغرفة التي في يد الآخر هي من حصته وأنكر الآخر تطلب البينة من المدعى فإذا أقام كلاهما البينة ترجح

بينة المدعي الخارج.

٥ ـ إيضاح دعوى أن المال الفلاني من الأعيان المقسومة هو لي، قد ذكر في المادة (١٦٥٨) ان هذه الدعوى لا تسمع.

ويفهم من التفصيلات الآنفة أنه يمكن إقامة خمس دعاوى في القسمة أربع منها مسموعة والخامسة غير مسموعة.

أما إذا ادعى المقسوم لهم دعوى الغبن الفاحش بعد اقرارهم باستيفاء الحق بعد القسمة أو بعد الإبراء أو بعد الإطلاع على الغبن الفاحش والتصرف بالحصة بعد ذلك على ما هو مذكور في المادة (٣٥٩) تصرف الملاك لا تسمع الدعوى (رد المحتار) ولا تنقض القسمة لأن الإقرار باستيفاء الحق هو اعتراف بالقبض كاملاً بالإدعاء بعد ذلك بأنه قد بقي عند الشريك كذا مالاً مناقض للإقرار المذكور والتناقض مبطل للدعوى والشهادة (منلا مسكين). أنظر المادة (١٦٤٧) سواء كانت القسمة رضاء أو قضاء.

مثلاً لو اقتسم الشركاء الأموال المشتركة بينهم من عروض وعقارات بعضها قسمة رضاء وبعضها قسمة قضاء ثم أقروا بعد التقسيم باستيفائهم حقوقهم فلا تسمع منهم بعد ذلك دعوى الغبن الفاحش ولا تنقض القسمة (البهجة) وإذا كانت الدعوى غير مسموعة فلا يقام شاهد عليها حيث يشترط في استماع الشهادة صحة الدعوى.

اختلاف الفقهاء في استماع الدعوى بعد الإبراء:

يوجد اختلاف بين الفقهاء في حق استماع الدعوى بعد اقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق الوارد ذكره في هذه الفقرة. وقد ذكر في المتون الفقهية كالغرر والكنز والملتقى أن هذه الدعوى تسمع وفي صورة ثبوتها بالبينة تفسخ القسمة لأن اقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق مبنيٌّ على اعتمادهم على فعل القاسم فإذا ظهر الحق بالتأمل بعد ذلك وظهر الغبن الفاحش فلا يؤاخذ المقسوم لهم باقرارهم. وقد ذكر في بعض الكتب الفقهية كالخانية والفتاوى الصغرى ونقد الفتاوى والتنوير أن الدعوى المذكورة لا تسمع (الهندية ورد المحتار والتنقيح) وقد اختير في هذه المادة القول الثاني وصدرت الإرادة السنية به وعليه فالرواية المذكورة هي المفتى بها والمعمول بها في جميع المحاكم. أنظر المادة (١٨٠١)

مستثنيات:

تسمع أربعة أنواع من الدعاوى بعد الإقرار المذكور:

١ ـ إذا أقر المقسوم لهم بدعوى المدعى تسمع دعوى الغبن الفاحش لأن عدم استماع الدعوى بعد الإقرار المذكور كان مبنياً على وقوع التناقض، لأن ادعاء الغبن الفاحش بعد قوله قد استوفيت معناه لم استوف حقي وأن حقي باق عندك وهو مناقض للقول الأول، إلا أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم كما جاء في المادة (١٦٥٣) فلذلك تسمع الدعوى لارتفاع التناقض.

٢ ـ إذا ادعى المقر بأنه كان كاذباً في اقراره باستيفاء الحق فدعواه صحيحة ويحلف المقر له بأن المقر لم يكن كاذباً في اقراره. أنظر المادة (١٥٨٩).

٣ ـ تسمع دعوى الغصب، إذا لم يدع المقسوم له بعد الإقرار المذكور دعوى الغبن الفاحش، وادعى الغصب فتسمع الدعوى ولا يمنع اقراره السابق باستيفاء الحق من استماع هذه الدعوى. (الهندية). أنظر المادة (١٥٦٣).

مثلاً لو اقتسم اثنان مائة شاة مشتركة بينهما مناصفة فاستلم أحدهما ستين شاة واستلم الآخر أربعين وادعى مستلم الأربعين شاة أن حصة كل واحد منهما خمسون شاة وأنه قبضها وأن شريكه اغتصب بعد القسمة عشر شياه معينة وخلطها بشياهه وأنكر مدعياً أن حصته ستون شاة وحصة شريكه أربعون شاة فالقول مع اليمين لصاحب الستين شاة لأن أحدهما يدعي الغصب والآخر منكر له والقول للمنكر حسب المادة (٧٦) . (الطورى والهندية ورد المحتار).

٤ ـ تسمع دعوى الغلط، إذا ادعى أحد المقسوم لهم، بعد الإقرار باستيفاء الحق، على الآخر دعوى الغلط في المقدار الواجب بالقسمة فتسمع الدعوى كما جاء في المتون الفقهية كالملتقى والغرر وقد أفتى بذلك صاحب التنقيح، وإن يكن أن الإختلاف الواقع في حق الغبن الفاحش واقع أيضاً في دعوى الغلط إلا أنه لا يوجد في المجلة قيد يمنع سماع هذه الدعوى، فلذلك لا يكون سماعها مخالفاً لأحكام المجلة.

المادة (١١٢٨) ـ (يشترط في قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسمين، بناء عليه إذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضاء وإذا كان من ضمنهم صغير فيقوم مقامه وليه أو وصيه وإن لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على أمر القاضي فينصب له وصي من طرف القاضي وتقسم بمعرفته)

يشترط في لزوم ونفاذ قسمة الرضاء رضاء كل واحد من المتقاسمين، بناء عليه إذا غاب أحد المتقاسمين ولم يكن له نائب وقسم الحاضرون وأفرزوا حصة الغائب فلا تصح قسمة الرضاء أي لا تكون لازمة، مثلاً لو توفي أحد وترك وارثين في ديار أخرى وورثة آخرين حاضرين وقسم الورثة الحاضرون التركة التي لم تكن من المكيلات والموزونات بينهم بدون مراجعة القاضي وأفرزوا حصة الغائبين عن حضورهما أن لا يجيزوا القسمة وأن ينقضاها (علي أفندي). أما إذا حضرا بعد ذلك وأجازا القسمة فتلزم كما أنه لو توفي الغائب وأجاز ورثته تنفذ القسمة. أنظر المادة (١١٢٦).

مستثنى:

وتستثنى المثليات من حكم هذه المادة وقد ذكر في المادة (١١١٧) أن لكل شريك من الشركاء في المثليات المشتركة أن يأخذ حصته منها في غيبة شريكه وبدون اذنه فإذا حضر الغائب وأخذ حصته تمت القسمة، فعلى ذلك تكون المادة (١١١٧) مخصصة لهذه المادة (رد المحتار).

كما أنه في بعض صور قسمة القضاء تصح القسمة في غيبة بعض الشركاء كما ذكر في شرح المادة (١١٢٩).

وإذا كان من ضمنهم أي من ضمن المتقاسمين قاصرون أي صغير أو مجنون أو معتوه فيقوم مقامه وليه أو وصيه وتجري القسمة بحضور الولي أو الوصي وبانضمام رأيه، أما إذا جرت القسمة بدون حضورهما فلا تلزم لأنه لا ولاية للشركاء على أولئك القاصرين (الطورى وعلي أفندي). أما إذا أجاز ولي الصغير أو وصيه أو القاضي أو الصغير بعد البلوغ أو ورثة الصغير بعد وفاته هذه القسمة فتكون لازمة (الدر المختار ورد المحتار وواقعات المفتين) أنظر المادة (١١٢٦).

والحاصل أنه لما كان في القسمة معنى المبادلة والإفراز فكان أصل القسمة بيعاً والوصي المقتدر على بيع مال التركة مقتدر على قسمة وإفراز التركة عن الصبي (آداب الأوصياء في القسمة).

فلذلك لو كان بين الورثة كبير وصغير و إقتسم وصي الصغير مع الوارث الكبير وقبض الكبير حصته والوصي حصة الصغير وأمسكها جاز حتى أنه لو تلفت حصة الصغير في يد الوصي فليس للوصي المذكور الرجوع على الوارث الكبير (جامع أحكام الصغار).

أما تقسيم من لا يقتدرون على بيع مال التركة كالأم والأخ وزوج الصغيرة فلا يصح إذا لم يكونوا أوصياء على الصغير (التتار خانية).

الفرق بين الولي والوصي في خصوص تقسيم التركة:

قد بين في المجلة أن الوصي يكون أحد الطرفين من المقسوم لهما إلا أنه لا يجوز له أن يتولى الطرفين يعني لو كان مال مشتركاً بين كبير وصغير وقسم المال المذكور بين الكبير والصغير يصح التقسيم، أما إذا كان المال مشتركاً بين صغيرين وقسم الوصي عن الصبيين المذكورين المال المذكور بينهما فلا يصح، والحكم في البيع أيضاً على هذا الوجه، أما الأب فله أن يتولى طرفي العقد في تقسيم أموال أولاده الصغار، كما أن الحكم في البيع على هذا المنوال في حق الأب أنظر شرح المادة (١٦٧). (التتار خانية).

إذا لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على أمر القاضي حيث لم يكن للشركاء ولاية على الصغير وتصرفهم في حق الصغير غير نافذ (الطورى وجامع أحكام الصغار). وينصب من طرف القاضي وصي ويجري التقسيم بمعرفته (منلا مسكين).

ولكن يشترط في تعيين القاضي وصياً عن الصغير حضور ذلك الصغير، فعليه إذا كان الصغير غائباً فليس للقاضي نصب وصي عنه، والفرق هو:

إذا كان الصغير حاضراً فتتوجه الدعوى عليه والقاضي ينصب وصياً عنه لصحة الدعوى، أما إذا كان الصغير غائباً فلا ينصب وصياً عنه لعدم صحة الدعوى عليه، إلا أنه قد ذكر في البزازية أنه يجوز للقاضي أن ينصب وصياً عن الصبي الغائب الذي تحت ولاية قضائه ولكن يشترط لحوق علم القاضي

بوجود الصغير (لسان الحكام ورد المحتار).

لا يوجد منافاة وفرق بين القولين وهو أنه إذا كان الصغير الغائب غير مقيم في محل تحت ولاية القاضي فليس للقاضي أن ينصب وصياً عنه حيث لا تقام الدعوى على الصغير أمام ذلك القاضي. أنظر المادة (١٨٠١) ولا يكون لذلك القاضي أي ولاية على ذلك الصغير أما إذا كان الصغير المذكور تحت ولاية ذلك القاضي إلا أنه لم يكن مقيماً في المدينة التي يسكنها القاضي بل كان ساكناً في قرية تابعة لولاية القاضي ولو كانت بعيدة مدة السفر فللقاضي أن ينصب وصياً عنه.

مثلاً لو توفي أحد وكان أحد ورثته عاقلاً بالغاً والثاني صغيراً والثالث مجنوناً فطلب البالغ العاقل القسمة فالقاضي ينصب عن الصغير والمجنون وصياً ويقسم التركة القابلة للقسمة (علي أفندي).

كذلك لو توفي أحد في غير بلدته وترك بنين وبنات صغاراً وكباراً فإذا لم يكن هؤلاء أوصياء عن المتوفي فليس لهم تقسيم التركة بل لهم مراجعة القاضي وبعد أن ينصب من طرف القاضي وصي عن الصغار ووكيل عن الكبار الغائبين يجرى التقسيم كما سيوضح في المادة الآتية (جامع أحكام الصغار).

المادة (١١٢٩) - (يشترط الطلب في قسمة القضاء، فلذلك لا تصح القسمة من القاضي جبراً ما لم يقع طلب ولو من أحد أصحاب الحصص)

يشترط الطلب في قسمة القضاء. أنظر المادة (١٨٢٩) وهذا الطلب سبب لقسمة القضاء أنظر شرح المادة (١١١٤).

فلذلك لا تصح القسمة من القاضي جبراً أي حكماً ما لم يقع طلب ولو من أحد أصحاب الحصص أي ما لم يقع في حضور القاضي من الشريك النافع له التقسيم على ما هو مذكور في المادة (١١٤٠).

وقد ذكر في هذه المادة أحد أصحاب الحصص بصورة مطلقة إلا أن هذا الإطلاق قد قيد في المادة (١١٤٠).

فلذلك إذا راجع الشركاء القاضي وادعوا أن هذا المال ملكهم المشترك وطلبوا تقسيمه ينظر: فإذا كان المقسوم منقولاً يقسم على كل حال يعني سواء بين الشركاء أن الإشتراك بطريق الإرث أو بطريق الشراء أو الهبة أو لم يبينوا سبب الاشتراك، أما البناء والأشجار فقط فبما أنها من المنقولات فتقسم جبراً أيضاً ما لم تتبدل المنفعة. أما إذا تبدلت فلا جبر على القسمة لأن المقسوم إذا كان منقولاً لا يخاف عليه من التلف إذا بقي على حاله فإذا قسم وسلم إلى أصحاب الحصص فيكون قد جعل مضموناً عليهم وعليه ففي التقسيم فائدة (أبو السعود).

وإذا كان المقسوم عقاراً فإذا بين الشركاء الشراء أو ادعوا الملك المطلق أي إذا قالوا إن هذا العقار ملكنا ولم يبينوا لماذا هو ملكهم وبأي صورة انتقل إليهم فيقسم أيضاً، ولا يحتاج هذا التقسيم إلى

اقامة البينة على كون العقار المذكور ملكهم لأن العقار بالشراء يزول من ملك البائع فلا يكون في القسمة المذكورة حكم على الغير كما أنهم لو ادعوا الملك المطلق يقسم لأن الورثة لم يقروا في هذا العقار ملكاً للغير فلا يوجد حال مانع للقسمة (الهندية والكفاية ورد المحتار). أما إذا بين الشركاء أن العقار المذكور موروث لهم عن فلان فيقسم العقار المذكور عند الإمام الأعظم إذا أقاموا البينة على وفاة مورثهم وعلى عدد الورثة وإلا فلا يقسم لأن التركة قبل القسمة هي باقية ملكاً للمتوفي وتقسيم التركة يكون حكماً على المتوفي بمجرد اقرار الورثة وبما أن الإقرار حجة قاصرة فلا يحكم على المتوفي بازالة ملكه عن التركة الباقية ملكية المتوفي فيها بل يحتاج إلى اقامة البينة على وفاة المورث وعلى عدد الورثة.

والدليل على بقاء التركة ملكاً للمتوفي قبل القسمة أنه يثبت حق المتوفي في زوائد التركة كالنتاج والأرباح إذ أنه تقضى ديون المتوفي وتنفذ وصاياه من الزوائد الحاصلة قبل القسمة أما بعد التقسيم فلا يبقى حق للمتوفي ولا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه من الزوائد الحاصلة بعد ذلك.

وبعد تقرير دليل الإمام الأعظم على الوجه المبين آنفاً نبين الأسئلة والأجوبة الواردة على الدليل المذكور على الوجه الآتي:

س (١) ـ كما أنه يلزم خصم لإقامة البينة أي مدع يلزم أيضاً مدعى عليه كما يستفاد ذلك من المادة (١٦٨٤) فمن هو المدعي والمدعى عليه هنا؟.

ج ـ يكون أحد الورثة خصماً عن الميت أي المدعى عليه، ويكون الورثة الآخرون أخصاماً عن أنفسهم أي مدعين، فيتشكل على هذه الصورة مدع ومدعى عليه وتسمع البينة.

س (٢) ـ لا يوجد أولوية ورجحان في اعتبار فلان من الورثة نائباً عن الميت ومدعى عليه واعتباره أصيلاً عن نفسه ومدعياً فيصبح المدعي والمدعى عليه مجهولاً والحكم غير صحيح مع الجهالة؟

ج ـ للقاضي الحصول على المقصود أن ينصب أحد الورثة مدعياً وأن ينصب آخر عن المدعى عليه بحسب ولايته وبنصب القاضي ترتفع الجهالة.

س (٣) ـ قد ذكر في المادة (١١١٧) أن البينة تقام على المنكر وبما أن الورثة مقرون بوفاة مورثهم فيجب أن لا تقام البينة على الوفاة؟.

ج ـ إذا أقر الخصم وكان يوجد فائدة من اقامة البينة فلا يكون الإقرار المذكور مانعاً من قبول البينة ولهذا نظيران: أولهما، إذا أقر أحد الورثة بدين المتوفي فللمدعي للتعدية أي ليسري الحكم على الورثة الآخرين غير المقرين أن يقيم البينة في اقامة البينة فائدة التعدية، كما أنه يوجد فائدة أخرى وهي مزاحمة الغرماء، ثانيهما: إذا ادعى المدعي الدين في مواجهة وصي المتوفي وأقر الوصي فللمدعي أن يقيم البينة ويثبت دعواه لأن اقرار الوصي على الغير باطل (أبو السعود المصري والطوري).

أما إذا كان الوارث حين تقسيم التركة حملاً فصورة تقسيم التركة قد ورد ذكرها في تأليفنا المسمى بتسهيل الفرائض فيجب الرجوع إليه.

أما عند الإمامين فيقسم العقار ولو بين الورثة لأن العقار المذكور ميراث بدون حاجة إلى اقامة البينة على الوفاة وعلى عدد الورثة لأن وجوده في يد الورثة وعدم وجود منازعة عليه دليل على ملكيتهم كما بين ذلك في شرح المادة (٦٨) إلا أنه يجب أن يبين في جهة التقسيم أن المقسوم له قد قسم بناء على اقرار الورثة حتى أن التقسيم المذكور مقصور على الورثة ولا يتعدى إلى غيرهم فعليه لا يثبت الموت بذلك لأمهات أولاد المتوفي ومدبريه ولا يعتقون.

كذلك إذا حضر اثنان وقالا: إن هذا العقار في يدنا ونطلب تقسيمه ولم يقولا أنه ملكنا فلا يقسم لأنه يحتمل أن يكون في يدهما بطريق الإجارة أو الإعارة وتكون القسمة في هذه الصورة قسمة حفظ مع أن العقار محفوظ بنفسه (الدر المختار ورد المحتار والكفاية والهداية).

قسمة القضاء في غيبة بعض الشركاء:

تصح قسمة القضاء تارة ولو غاب الشركاء إلا أنه يلزم في ذلك وجود شروط أربعة:

الشرط الأول ـ أن يكون المال المراد تقسيمه موروثاً ومشتركاً من جهة التركة، فلذلك إذا كان المال المذكور مشتركاً من جهة الإرث والتركة فيقسم لأن أحد الورثة الحاضرين مدعياً اصالة والوارث الآخر الحاضر يكون مدعى عليه اصالة عن نفسه ونيابة عن الميت أي يعتبر المدعى الخارج والمدعى عليه ذا اليد والتقسيم الذي يقع في هذا الحال يكون واقعاً في حضور المتقاسمين وحكماً في مواجهتهم فهو جائز لأن الملك الذي يثبت بطريق الإرث يثبت بطريق الخلفية أما إذا كان المال غير مشترك من جهة الإرث بل كان مشتركاً بسبب آخر كاشتراء المال المشترك فليس للقاضي تقسيمه ولو كان الغائب شريكاً واحداً سواء كان المال المشترك عروضاً أو عقاراً وسواء أقيمت البينة أو لم تقم لأن الملك الثابت بالشراء هو ملك جديد وليس بطريق الخلفية كالإرث.

مثلاً لو اشترى خمسة أشخاص بالإشتراك عقاراً وقبضوه ثم طلب بعد ذلك الشركاء الحضور في غيبة أحدهم من القاضي تقسيم العقار المذكور وتسليم حصة الغائب إلى يد عدل فليس للقاضي اجراء التقسيم.

كذلك لو كان أصل الشركة شراء وعرض مؤخراً فيها إرث فلا تصح القسمة في غيبة بعض الشركاء.

مثلاً لو اشترى خمسة أشخاص عقاراً بالإشتراك ثم توفي أحد الشركاء وبقيت حصة لولديه فلا تصح القسمة في غيبة بعض الشركاء لأن في ذلك شركتين (أولاهما) الشركة الأولى الحاصلة بالشراء (الثانية) الشركة الأخرى وهي اشتراك الأخوين الوارثين في خمس، وبما أن النظر والإعتبار هو للشركة الأولى فلا يقوم الوارث في الشركة المذكورة مقام المورث. أما لو كان الأمر بالعكس بأن كانت الشركة الأولى إرثاً والشركة الثانية بسبب الشراء فيصح التقسيم في غيبة بعض الشركاء. مثلاً لو كان مالاً مشتركاً بين خمسة أخوة ارثاً وكان أحد الأخوة صغيراً واثنان منهم حاضرين واثنان منهم غائبين فباع أحد الحاضرين حصته لزيد فراجع زيد القاضي وطلب التقسيم فيجبر القاضي الشريك الحاضر على

القسمة ويعين نائباً عن الغائبين والصغير لأن المشتري المذكور قام مقام البائع وكما أن للبائع الحق في اجراء التقسيم مع شريكه فللمشتري الذي قام مقامه حق في ذلك (الطوري).

ويتفرع بعض مسائل على كون الملك الثابت بطريق الإرث هو بطريق الخلفية:

المسألة الأولى ـ للوارث أن يرد المال الذي اشتراه من مورثه بخيار العيب.

المسألة الثانية ـ يثبت للوارث ضمان الغرور الوارد ذكره في المادة (١٦٥٨).

وتتفرع المسألة الآتية على كون الملك الثابت بالشراء ملكاً جديداً: وهي ليس للمشتري رد المبيع بخيار العيب إلى بائع البائع.

الشرط الثاني ـ أن يكون المال المشترك منقولاً أو عقاراً فتقام البينة على موت المورث وعلى عدد الورثة وإذا كان الخصم الموصي له فتقام البينة على الوصية.

فلذلك إذا كان المال المشترك عقاراً وقسم بدون اقامة بينة على موت المورث وعلى عدد الورثة فلا يصح التقسيم عند الإمام كما بين آنفاً.

الشرط الثالث ـ يشترط حضور لا أقل من وارثين من الشركاء أو حضور وارث وموصى له ولو كان أحدهما صغيراً لأن الموصى له بالثلث يصير مشتركاً بمنزلة الوارث فكأنه حضر وارثان (رد المحتار).

فلذلك إذا حضر اثنان على الوجه المذكور فيعتبر أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه ويصح التقسيم قضاء وتودع حصة الغائب إلى يد عدل لفائدة الغائب (رد المحتار).

أما إذا حضر وارث واحد أو موصى له واحد فلا يصح التقسيم ولو أقيمت على الوجه المذكور لأنه إذا فرض الحاضر مدعياً لا يوجد مدعى عليه وإذا اعتبر الحاضر مدعى عليه فلا يوجد مدع ولذلك لا يصح القضاء والحكم (الطوري).

وكذلك لا يصح التقسيم عند الإمامين في حضور وارث واحد أو موصى له واحد لأن الشخص الواحد لا يكون مقاسِماً ومقاسَماً (رد المحتار).

انه وإن شرط لزوم حضور لا أقل من اثنين من الشركاء إلا أنه لا يشترط بلوغهما، فلذلك إذا كان بعض الشركاء غائباً وكان الحضور بالغاً وصغيراً وكان المال المشترك في يد البالغ الحاضر فالقاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ووصياً عن الصغير ويقسم المال المشترك. أما إذا كان المال المشترك في يد الصغير كلاً أو بعضاً أو كان في يد أم الصغير وكانت غائبة فلا يقسم المال المشترك (الخانية في القسمة وعلي أفندي والبهجة) لأنه في هذه الصورة ينزع المال الذي في يد الصغير مع عدم وجود خصم عن الصغير وهذا غير جائز (رد المحتار).

الشرط الرابع ـ يجب أن يكون كل المال المقسوم في يد الحاضرين البالغين فلذلك إذا كان كل المال المقسوم أو بعضه في يد الغائب أو في يد مستودعه أو مستعيره فلا يقسم لأنه لما كانت القسمة حكماً وقضاء

فالتقسيم على هذه الصورة هو حكم على الغائب بدون حضور نائبه ويوجب نزع المال من يده وهو غير جائز «رد المحتار».

سؤال ـ إذا كان كل المال المشترك في يد الغائب أو قسم أزيد من حصته في يده وأجريت القسمة فإن ذلك يوجب نزع ذلك المال من يده، ولكن إذا كان في يده ذلك الغائب مقدار بقدر حصته فلا يوجب ذلك نزع شيء من يده وعليه فلا يكون التقسيم على هذا الوجه موجباً للحكم على الغائب ففي حالة التساوي يبقى المال الذي في يده وفي حالة النقصان يضم إليه شيء «الطوري»؟

الجواب ـ بما أنه تجري القرعة في القسمة كما هو مبين في المادة (١١٥١) فيحتمل أن تصيب الحصة التي في يد الغائب الشريك الحاضر وفي تلك الحال يجب نزع التي في يد الغائب.

المادة (١١٣٠) ـ (إذا طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر فيقسمه القاضي جبراً إن كان المال المشترك قابلاً للقسمة وإلا فلا يقسمه[1] على ما يبين في الفصل الثالث والرابع)

يشترط في قسمة القضاء أن يكون المال المشترك قابلاً للقسمة فلذلك إذا طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر عنها فيقسمه القاضي جبراً أي حكماً إذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة لأن القسمة هي لتكميل المنفعة والتقسيم في المال القابل للقسمة أمر لازم (مجمع الأنهر).

وقيد «إذا طلب» الوارد في هذه الفقرة هو مبني على المادة (١١٢٩) فلذلك إذا طلب أحد الشريكين القسمة وادعى الشريك المطلوبة منه القسمة أنه باع حصته لآخر وأراد اقامة البينة لاثبات البيع فلا تقبل بينته هذه لدفع القسمة لأنه يريد بإثبات فعله البيع ابطال حق شريكه القسيم (الطورى).

وإذا لم يكن قابلاً للقسمة فلا يقسمه القاضي جبراً أي لا يجوز له تقسيمه لأن الجبر على القسمة هو لتكميل المنفعة وبما أنه في ذلك تفويت للمنفعة فينتج التقسيم عكس المقصود (أبو السعود) وفي هذه الصورة لو طلب أحدهما المهايأة وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة. أنظر المادة (١١٨٣) وفي هذا الحال إذا كان المال المشترك داراً أو حانوتاً غير قابل للقسمة وتنازع الشريكان فقال أحدهما لا أؤجرها ولا أنتفع بها وقال الآخر أريد الإنتفاع أو التأجير وراجع القاضي في ذلك فالقاضي يهايئهما ويقول للشريك الذي لا يريد الانتفاع (إن شئت انتفع في نوبتك وإن شئت اغلق المحل). (رد المحتار).

قد أجيب في شرح المادة (١١١٨) على الاعتراض الواقع على عدم جواز القسمة جبراً بداعي أنه يوجد في القسمة جهة المبادلة وبأنه يجب في المبادلة تراض الطرفين (الطوري).

واجبار الشريك الممتنع عن القسمة من واجبات القاضي أي فرض عليه ولكن لا يجب على

(١) الا أن قانون تقسيم الأموال الغير المنقولة الصادر في ١ كانون الأول ١٣٢٩ قد جوز تقسيم المال الغير المنقول الغير القابل للقسمة ببيعه وتوزيع أثمانه على الشركاء بنسبة حصصهم راجع المادة (٩) من القانون المذكور (المعرب).

القاضي أن يباشر القسمة بنفسه فإن شاء باشرها بنفسه وفي هذه الصورة فمسألة أخذ القاضي اجرة مقابل عمل التقسيم قد بينت في شرح المادة (١١٢٢). وإن شاء لا يباشر التقسيم بنفسه ويحيله إلى قسام (الطوري ورد المحتار).

إن شرط كون المال المشترك قابلاً للقسمة هو في قسمة القضاء أما في قسمة الرضاء أي في تقسيم جميع الشركاء المال المشترك بالتراضي وبالذات فلا يشترط أن يكون المال المشترك قابلاً للقسمة، فلذلك إذا رضي جميع الشركاء بتقسيم المال المشترك الغير القابل للقسمة وقسموه فالقسمة صحيحة لأن التقسيم حقهم كما بين في المادة (١١٤١).

المادة (١١٣١) - (قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة).

قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة منه قبل القسمة بها في حق جميع الشركاء أو في حق بعضهم (رد المحتار).

والمنفعة المقصودة هي المنفعة الموجودة قبل القسمة أي أن كل مال مشترك ينتفع به جميع الشركاء بعد القسمة كانتفاعهم بحصصهم قبل القسمة هو قابل للقسمة، فلذلك إذا كان المال المشترك لا ينتفع به جميع الشركاء على هذا الوجه إلا أنه ينتفع بعضهم لزيادة حصته فالمال المذكور قابل للقسمة أيضاً. أنظر مادتي (١١٣٩ و ١١٤٠).

مثلاً الحمام غير قابل للقسمة لأنه وإن انتفع بعد تقسيمه باستعماله اصطبلاً أو مخزناً إلا أن المنفعة المقصودة منه قبل التقسيم قد فاتت.

كذلك لو طلب أحد الشريكين تقسيم الحانوت المشترك بينهما الذي كانا يشتغلان ضمنه فيقسم الحانوت المذكور إذا كان الشريكان يستطيعان القيام بالعمل الذي كانا يقومان به أو كان أحدهما يستطيع ذلك (رد المحتار بزيادة).

إذا طلب شريك تقسيم المال المشترك وكان لا ينتفع مطلقاً بإحدى الحصص المفرزة وكان لذلك الشريك ملك متصل بالمال المقسوم وضمنت حصته إلى ذلك الملك أو كان في جوار ذلك موات فإذا أحي تصبح الحصة المذكورة صالحة للانتفاع فيعد ذلك قابلاً للقسمة وتجري في هذا الملك القسمة الجبرية كما ذكر في كتب الشافعية (الباجوري في أحكام القسمة).

إن هذه المادة هي أصل وضابط في حق قابل القسمة وتعيين قابلية الحمام والخان والدار تجري حسب هذه القاعدة، وذلك لو كان قسم من الحمام مخصوصاً بالرجال والقسم الآخر مخصوصاً بالنساء وكان مشتركاً بين اثنين فهو قابل للقسمة كما أنه لو كانت الدار قابلة للإنتفاع بها كالانتفاع منها قبل القسمة فهي قابلة للقسمة وإلا فلا تقسم.

ولإيضاح هذه المادة يلزمنا بيان ثلاث مسائل : -

المسألة الأولى ـ أن ينتفع جميع المتقاسمين بعد القسمة بالنفع الذي ينتفعون به قبل القسمة.

فلو كانت دار كبيرة تحتوي على دائرتين إحداهما للحريم والأخرى للرجال وكانت مشتركة بين اثنين وقسمت بينهما بأن أخذ أحدهما قسم الحريم والآخر قسم الرجال فينتفع كلاهما بالمنفعة التي كان ينتفع بها قبل القسمة وعليه فتكون هذه الدار قابلة للقسمة.

المسألة الثانية ـ أن تكون القسمة نافعة لأحد المتقاسمين وضارة بالآخر.

مثلاً لو كان عشر دار لأحد وباقيها للآخر فقسمت بينهما وحرم صاحب العشر من الانتفاع الذي كان ينتفعه من تلك الدار لقلة نصيبه وكان الآخر ينتفع لوفرة حصته فتقسم هذه الدار لطلب صاحب الحصة الكبيرة.

المسألة الثالثة ـ أن يتضرر كلا المتقاسمين وفي هذه الصورة لا تقسم بحكم القاضي.

قد بقيت مسألة هنا تحتاج للتدقيق وهو أنه لو كان في مال شركاء متعددون وكان ذلك المال غير قابل للقسمة بنسبة حصص الشركاء ولكنه قابل لها عن طائفة كأن تكون العرصة المشتركة مشتركة بين عشرة أشخاص وقابلة للتقسيم إلى قسمين متساويين واجتمع خمسة شركاء معاً وطلبوا الخمس الحصص العائدة إليهم في قسم فهل يجوز الإجبار على التقسيم إذا امتنع الشركاء الآخرون؟ لم يوجد في كتب الحنفية صراحة عن ذلك إلا أنه قد ذكر في تحفة المنهاج أنه يجبر على القسمة التي بهذه الصورة والعبارة الأصلية الواردة في ذلك الكتاب هي: «وفي الروضة وأصلها وغيرها: لو كان نصف الدار لواحد والآخر لخمسة أجيب الأول وحينئذ فلكل من الخمسة مشاعاً لم يجب أحدهم للقسمة لأنها تضر الجميع وان طلب أولاً الخمسة افراز نصيبهم مشاعاً أو كانت الدار لعشرة وطلب خمسة منهم افراز نصيبهم مشاعاً أجيبوا لأنهم ينتفعون بنصيبهم كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة» وان النقل الوارد في كتاب البدائع من كتب الحنفية مؤيد لذلك ولنورده هنا: «وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء إلى بعض إلا إذا رضوا بالضم فلا يحتاج إلى القسمة ثانياً».

وإذا طلب بعد ذلك بعض أصحاب تلك الحصص الخمس تقسيم حصصهم بينهم فلا تقسم قضاء وحكماً وهذه المسألة مذكورة في المادة (١١٤٠).

وفي المسألة الآنفة إذا طلب أصحاب الحصص الخمس القسمة وجمع حصصهم في حصة واحدة فتقسم وتفرز الحصص الخمس وتعطى لأصحابها مشاعاً.

وإذا كانت تلك الدار الكبيرة مشتركة بين عشرة أشخاص على السوية وغير قابلة قسمتها إلى عشرة أقسام فاجتمع خمسة شركاء منهم معاً وطلبوا جمع الخمس الحصص العائدة إليهم في حصة واحدة وإمتنع الآخرون فتقسم الدار بينهم جبراً وحكماً أما بعد ذلك لو طلب واحد من الخمسة أو اثنان أو ثلاثة أو أربعة منهم افراز حصتهم وتقسيمها وامتنع الآخرون فلا تقسم جبراً وحكماً وهاتان المسألتان لم توجدا في كتب الحنفية.

الفصل الثالث

(في بيان قسمة الجمع)

تقسيم القسمة باعتبار الجبر وعدمه: يفهم من الايضاحات الآتية أن القسمة على قسمين باعتبار جواز الجبر فيها من عدمه:

القسم الأول ـ القسمة التي يجوز الجبر فيها أي القسمة التي يجبر القاضي الشريك الممتنع عن القسمة على القسمة بطلب الشريك الآخر كتقسيم المثليات والقيميات المتحدة الجنس.

القسم الثاني ـ القسمة التي لا يجوز الجبر فيها أي التي لا يجبر القاضي الشريك الممتنع عن القسمة على القسمة كتقسيم الأعيان المشتركة المختلفة الجنس.

المادة (١١٣٢) تجري قسمة القضاء في الأعيان المشتركة المتحدة الجنس، يعني أن القاضي يقسم ذلك حكماً بطلب بعض الشركاء، سواء كان ذلك من المثليات أو من القيميات)

تجري قسمة القضاء قسمة جمع في الأعيان المشتركة المتحدة الجنس بانفراد يعني بدون أن تتداخل، أي أن القاضي يقسم ذلك حكماً وجبراً بطلب بعض الشركاء ـ ولو بطلب واحد منهم ـ حسب المادة (١١٢٩) لأن القسمة التي هي عبارة عن تمييز الحقوق قابلة في صنف واحد لأنه تمكن فيها المعادلة باعتبار الماليةوالمنفعة (رد المحتار وفتح القدير ومجمع الأنهر) سواء كانت الأعيان المشتركة المتحدة الجنس من المثليات أو القيميات. وان يكن أنه يجب أن لا يجبر على القسمة في القيميات كالحيوانات والعروض لأن جهة المبادلة فيها راجحة وغالبة كما هو مذكور في المادة (١١١٨) ولأنه يلزم تراضي الطرفين في المبادلة إلا أنه لما كان في هذه القسمة جهة افراز فقد جاز الإجبار على القسمة بالنسبة لجهة الإفراز (الدرر).

فلذلك تقسم المثليات كالحنطة والشعير والسمن والقيميات كالبقر والغنم وجميع أصناف الدواب على حدة وانفراد قضاء قسمة جمع «رد المحتار والهندية».

وقوله «على حدة» أي بدون تداخل كأن تقسم أي تفرز الحنطة مثلاً إلى قسمين أو ثلاثة أقسام. وكذا الشعير المشترك ولا تقسم هذه بالتداخل يعني لو كان بين اثنين حنطة وشعير مشترك فأعطى أحدهما حنطة وأعطى الآخر مقابل ذلك شعيراً، وكذلك لو كان بين اثنين غنم وخيل مشتركة فأعطى أحدهما الغنم وأعطى الآخر مقابل ذلك الخيل فلا تجوز قسمة القضاء على هذه الصورة «أبو السعود».

فإذا كانت الأعيان المتحدة الجنس حيوانات فتعد متحدة الجنس ولو كانت مختلفة من جهة

الأنوثة والذكورة، ولذلك لو كان مائة من الغنم ذكوراً ومائة أخرى اناثاً وكان يوجد تساو بينهما من جهة القيمة فيصح تقسيمها قسمة قضاء بأن تعتبر الذكور قسماً والإناث قسماً آخر كما أنه يجوز قسمتها قسمة قضاء بأن يجعل في كل قسمة ذكور وإناث «رد المحتار» لأن جميع الذكور والإناث من الحيوانات ما عدا الإنسان هو جنس واحد. أنظر شرح المادة «١٤٠»

إن المادتين «١١٣٣ و١١٣٤» يبيِّن بها أسباب هذه المادة ولا تحتويان على حكم أصلي ومع أن بيان العلل والأسباب هو من متعلقات الشروح إلا أنها قد ذكرت في المجلة لمزيد الإيضاح.

المادة (١١٣٣) ـ (بما أنه لا يوجد فرق وتفاوت بين أفراد المثليات المتحدة الجنس فقسمتها، عدا أنها غيرمضرة بأي شريك من الشركاء، يكون قد أخذ كل واحد منهم حقه وحصل على تمامية ملكه بها، فعليه لو كان مقدار من حنطة مشتركاً بين اثنين فإذا قسم بينهما على حسب حصصهما فيكون كل واحد منهما استوفى حقه وأصبح مالكاً للحنطة التي أصابت حصته. وكذا درهماً من سبيكة الذهب، وكذا اقة من الفضة أو من النحاس أو سبيكة حديد، وكذا ثوباً من الجوخ من جنس واحد، وكذا ثوباً من البز، وكذا عدداً من البيض هي من هذا القبيل أيضاً)

بما أنه لا يوجد فرق وتفاوت معتد به بين أفراد المثليات المتحدة الجنس فقسمتها قسمة جمع عدا أنها غير مضرة بأي شريك من الشركاء، يكون كل شريك قد أخذ صورة عين حقه وحصل على تمامية ملكه بها فهي نافعة لكل منهم فتكون قابلة للقسمة جبراً وحكماً. فلذلك يجوز تقسيم كل واحد من خمسين كيلة شعير ومائة اقة جوز وثوب من الجوخ قسمة جمع، يعني لو كانت خمسون كيلة شعير مشتركة بين اثنين فيجوز تقسيمها بينهما باعطاء كل واحد منهما خمساً وعشرين كيلة كما أنه لو كانت خمسون كيلة شعير وخمسون كيلة حنطة أيضاً مشتركة بين اثنين فيقسم الشعير بينهما لكل منهما خمس وعشرون كيلة، وتقسم الحنطة أيضاً بأن يأخذ كل منهما خمساً وعشرين كيلة.

فلذلك لو كان مقدار من الحنطة مشتركاً بين اثنين فإذا قسم بينهما بنسبة حصصهما يعني إذا كانت مشتركة مناصفة وأخذ أحدهما النصف والآخر النصف الآخر يكون كل واحد منهما قد أخذ عين حقه صورة ومعنى كما هو مذكور في المادة (١١١٧) وأصبح مالكاً مستقلاً للحنطة التي أصابت حصته. وقول المجلة هنا «بنسبة حصصهما» هو للسبب المبين في شرح المادة (١١٢٤).

وكذا درهماً من سبيكة ذهب وكذا اقة من سبيكة فضة أو سبيكة نحاس أو سبيكة حديد «مثال للموزونات»، وكذا ثوباً من الجوخ من جنس واحد وكذا ثوباً من البز من جنس واحد «مثال للمزروعات والمثليات»، وكذا عدداً من البيض أو الجوخ «مثال للعدديات المتقاربة» هي من هذا القبيل أيضاً أي من جزئيات المثليات المتحدة الجنس فلذلك تقسم قسمة جمع.

وكذلك لو كانت سبيكة ذهب وزنها ألف درهم وسبيكة فضة وزنها ثلاثة آلاف درهم مشتركتين بين اثنين مناصفة وقسمتا تقسيم جمع فتقسم سبيكة الذهب قسمين فيأخذ كل شريك منها خمسمائة درهم وتقسم سبيكة الفضة تقسيم جمع أيضاً الى قسمين فيأخذ كل منها من تلك السبيكة ألفاً وخمسمائة درهم، ولا يجوز تقسيمها قسمة قضاء باعطاء أحدهما سبيكة الذهب ذات الألف الدرهم والآخر الفضة ذات الثلاثة الآلاف الدرهم المساوية لقيمة الذهب.

وتقاس الأمثلة الأخرى على ذلك.

المادة (١١٣٤) - وإن كان يوجد بين افراد القيميات المتحدة الجنس فرق وتفاوت إلا انه باعتباره جزئياً صار في حكم العدم وعدت قابلة للقسمة أيضاً على الوجه المذكور آنفاً، وكذا مائة جمل ومائة بقرة هي من هذا القبيل أيضاً)

وإن كان يوجد بين افراد القيميات المتحدة الجنس فرق وتفاوت الا أنه باعتباره جزئياً أي لعدم وجود فرق وتفاوت فاحش صار التفاوت في حكم العدم وتمكن رعاية المعادلة والمساواة فيهما من جهة المالية والمنفعة، فلذلك قد عدت قابلة للقسمة على الوجه المبين آنفاً يعني قد جازت قسمتها قسمة جمع بقسمة قضاء كما هو مذكور في المادة (١١٣٢). وقد اعتبر الاختلاف والتفاوت في القسمة معفواً (المنح) لأن المقصود من الشاة مثلاً اللحم ولا يتفاوت كثيراً كما أن المقصود من الفرس الركوب وهذا أيضاً لا يتفاوت فاحشاً فلذلك لما كان في القسمة جهة افراز كما جاء في المادة (١١١٦) ويكون الشريك الطالب للقسمة طالباً من القاضي الانتفاع وحده بنصيبه ومنع شريكه من الانتفاع بحصته وازالة الضرر والظلم عنه ولما كان ذلك الطلب مشروعاً فعلى القاضي اجابة طلبه وايصال الحق لمستحقه (الدرر والعيني وفتح المعين) .

مثلاً اذا قسمت خمسمائة شاة مشتركة بين اثنين الى قسمين فيكون كل واحد منهما كأنه أخذ عين حقه صورة .

قيل «كأنه أخذ» لأنه قد ذكر في شرح المادة (١١١٨) ان الحصة التي يأخذها الشريك عند تقسيم القيميات لا يمكن جعلها عين حقه.

وكذا مائة جمل وكذا مائة بقرة هي من هذا القبيل أيضاً أي من جزئيات القيميات المتحدة الجنس، وعلى ذلك قد عدّ صنف الجمل قابلاً للقسمة على حدة وبانفراد، ولذلك تجري في الأصناف المذكورة قسمة الجمع قسمة قضاء على حدة ولا تجري في ذلك قسمة قضاء بالتداخل كما هو مذكور في المادة الآتية.

المادة (١١٣٥) - (لا تجري قسمة القضاء في الأجناس المختلفة أي في الأعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات أو من القيميات أي لا

يسوغ للقاضي أن يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب أحد الشركاء أي لا تجري قسمة القضاء باعطاء أحد الشريكين مثلاً مقدار كذا كيلة حنطة واعطاء الآخر مقابل ذلك كذا كيلة شعير؛ أو اعطاء أحدهما كذا شاة واعطاء الآخر مقابل ذلك كذا ابلاً أو بقرة، أو اعطاء أحدهما سيفاً واعطاء الآخر سرجاً، أو اعطاء أحدهما داراً واعطاء الآخر حانوتاً أو ضيعة. أما قسمة الرضاء الجارية برضائهما على الوجه المشروح فجائزة)

لا تجري قسمة القضاء في الأجناس المختلفة أي في الأعيان المشتركة المختلفة الجنس أي لا تجوز قسمة الجمع قسمة قضاء بالتداخل لأنه لا يوجد اختلاط في الأجناس المختلفة فالقسمة التي تجري فيها لا تكون تمييزاً بل تكون معاوضة مع أن ولاية القاضي في الاجبار على المعاوضة والإجبار على القسمة لا تثبت إلا إذا وجد في القسمة تمييز حيث انه يوجد تفاوت فاحش في المقاصد بالنسبة الى الأجناس المختلفة فقسمتها قسمة جمع هو معاوضة صرفة فيحتاج الى رضاء كل الشركاء. (الدرر والهداية ومجمع الأنهر)

سواء كانت الأجناس المختلفة من المثليات كالحنطة والشعير أو كانت من القيميات كالإبل والبقر وهذا هو تفسير قسمة القضاء. وقد عرفت في المادة (١١٢٢) أي ليس للقاضي أن يقسم قسمة جمع جبراً بطلب أحد الشريكين وفي حالة امتناع الآخر (رد المحتار).

يعني إذا امتنع أحد الشركاء عن تقسيم الأجناس المختلفة بطريق التداخل وطلب واحد أو أكثر من الشركاء القسمة فلا تجوز القسمة أنظر المادة (٤٦) أي لا تجري قسمة القضاء باعطاء أحد الشركاء مثلاً كذا كيلة حنطة واعطاء آخر مقابل ذلك كذا كيلة شعير أو اعطاء أحدهما بغلاً واعطاء الآخر مقابل ذلك شاتين أو اعطاء أحدهما كذا عدداً من الأغنام واعطاء الآخر مقابل ذلك كذا عدداً من الإبل أو من البقر، أو اعطاء أحدهما سيفاً واعطاء الآخر مقابل ذلك سرجاً، أو اعطاء أحدهما داراً واعطاء الآخر مقابل ذلك حانوتاً أو ضيعة، أو اعطاء أحدهما داراً واعطاء الآخر داراً أخرى في تلك المحلة.

ويفهم من المسائل التي ذكرت اعتباراً من المادة (١١٣٢) ان القسمة باعتبار المقسوم على ثلاثة أنواع:

النوع الأول ـ قسمة المثليات من جنس واحد فالشريك الذي يمتنع عن هذه القسمة يجبر من طرف القاضي عليها بطلب الشريك الآخر.

النوع الثاني ـ قسمة القيميات من جنس واحد وفي هذه القسمة أيضاً يجبر الشريك الممتنع عن القسمة من طرف القاضي على القسمة فيما إذا طلب الشريك الآخر القسمة.

النوع الثالث ـ قسمة القيميات المختلفة الجنس فلا يجبر الشريك الممتنع عن القسمة على

القسمة من طرف القاضي (الشرنبلالي).

أما إذا رضي جميع الشركاء فالقسمة على الوجه المشروح أي باعطاء أحد الشركاء كذا كيلة حنطة مثلاً وإعطاء الآخر مقابل ذلك كذا كيلة شعير فهي قسمة رضاء وجائزة لأن الحق للشركاء وليس لغيرهم حق في ذلك. وإن عدم الجواز على الجبر قد كان لعدم امكان المعادلة بسبب التفاوت الفاحش في المقاصد خوفاً من أن يبقى حق أحدهم عند الآخر، ولكن إذا رضي الشركاء بذلك فيكون كل من المقسوم لهم قد أسقط الحق الذي عند الآخر فلذلك تصح القسمة.(الفتح والدرر)

المادة (١١٣٦) ـ (الأواني المختلفة بحسب اختلاف الصنعة ولو كانت مصنوعة من جنس واحد من معدن واحد تعدّ مختلفة الجنس)

كما تعدّ أيضاً مختلفة الجنس إذا كانت مصنوعة من معدن مختلف الجنس.

وأواني جمع إناء والإناء بمعنى الظرف كطاسة النحاس والأباريق وطشت النحاس فلا يجري في ذلك قسمة قضاء، وعليه فلا تجري قسمة باعطاء أحد الشريكين ابريق نحاس واعطاء الشريك الآخر ابريق نحاس آخر. أنظر شرح المادة (١١١٩). (الهندية).

المادة (١١٣٧) ـ (الحُلِيّات وكبار اللؤلؤ والجواهر من الأعيان المختلفة الجنس أيضاً، أما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير وأحجار الماس الصغيرة فتعدّ متحدة الجنس)

الحليات وكبار اللؤلؤ والجواهر من الأعيان المختلفة الجنس أيضاً، فلذلك لا تجري فيها قسمة القضاء حيث يوجد بينها تفاوت فاحش (أبو السعود).

والحليات جمع الجمع للحُليّ ـ بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء ـ ومفردها حلى ـ بفتح الحاء وسكون اللام ـ والحلى هو الذهب والفضة والماس والياقوت وما اشبه ذلك من الجواهر التي تتزين بها النساء[1].

والجواهر جمع جوهر ـ بفتح الجيم وسكون الواو ـ وهي اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والجواهر المعروفة من نوع الزمرد. وعلى ذلك فإذا سئل لماذا ذكر اسمها على حدة؟ فيجاب عليه أنه إذا قوبل العام بالخاص أي ذكر الخاص بعد العام فيراد بذلك ما عدا العام والخاص، وعليه فعطف اللؤلؤ والجواهر على الحليات معناه أنه يقصد من الحليات غير اللؤلؤ والجواهر وهو عبارة عن الحليات المعمولة من الذهب والفضة والماس فيكون العطف المذكور عطف المباين على المباين وعليه قوله تعالى: ﴿من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾. (الآية). (أبو السعود)

---

(١) والرجال أيضاً في هذه الأيام (المعرب).

ولذلك يدخل اللؤلؤ في تعبير الجواهر، وعلى هذا الحال فعطف الجواهر على اللؤلؤ الكبير من قبيل عطف العام على الخاص كقول: جاءني زيد وانسان.

سؤال ـ لا تخلو هذه المادة من معنيين:

(الأول) إذا اعتبر اللؤلؤ والياقوت معاً ونظر إليهما نظرة واحدة فهما مختلفا الجنس أي أن اللؤلؤ جنس والياقوت جنس آخر كما أن الماس جنس واللؤلؤ جنس آخر. وإن يكن أن هذا المعنى صحيح إلا أن هذه المسألة قد مرّت في المادة (١١٣٥).

(الثاني) أن يكون المراد من ذلك أن صنف اللؤلؤ فقط والياقوت فقط والماس فقط مختلف الجنس مع كونها غير مختلفة بل متحدة لأن هذا الماس ظاهر أنه من جنس ذلك الماس كما ان هذا الياقوت ظاهر أنه من جنس ذلك الياقوت؟.

الجواب ـ المقصود منه هو المعنى الثاني أي يجب أن يفهم أن عبارة: «من الأعيان المختلفة الجنس» بمعنى أنه من قبيل الأعيان المختلفة الجنس يعني من مناسباتها لفحش التفاوت بينها فهي غير قابلة للقسمة كالأعيان المختلفة الجنس فلذلك لا تجري فيها قسمة القضاء (رد المحتار بايضاح).

أما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير وأحجار الماس الصغيرة التي لاتتفاوت قيمتها بين أفرادها فإنها تعد متحدة الجنس فلذلك تجري في هذه القسمة القضاء على حدة.

اختلاف الفقهاء:

توجد ثلاثة أقوال في تقسيم الجواهر:

القول الأول ـ هو عدم جواز التقسيم في الجواهر ولو كانت من جنس واحد أو كانت كبيرة أو صغيرة، وعليه فلا تجوز قسمة الماس أو الزمرد بانفراد وعلى حدة.

القول الثاني ـ عدم جواز قسمة الجواهر إذا كانت مختلفة الجنس قسمة قضاء فلذلك لا يجوز قسمة الماس مع الياقوت بطريق التداخل أي باعطاء أحد الشريكين الماس واعطاء الآخر مقابل ذلك الياقوت أما إذا كانت متحدة الجنس فتقسم كما يجري ذلك في سائر الأجناس. وقد ذكر هذا القول في الجوهرة.

القول الثالث ـ عدم جواز قسمة القضاء في الجواهر الكبيرة لوجود تفاوت فاحش بين أفرادها. أما إذا كانت الجواهر صغيرة فيجوز تقسيمها لأن التفاوت الموجود بن افرادها هو تفاوت جزئي (الطورى ومنح الغفار) وقد قبلت المجلة هذا القول الثالث.

المادة (١١٣٨) ـ (الدور العديدة والدكاكين والضياع مختلفة الجنس أيضاً فلذلك لا تقسم قسمة جمع، مثلاً لا تجوز قسمة القضاء بأن يعطى لأحد الشريكين من الدور المتعددة واحدة والآخر أخرى بل تقسم كل واحدة منها

قسمة تفريق على الوجه الآتي)

الدور والدكاكين والضياع والعرصات العديدة مختلفة الجنس كما بين الزيلعي ولو كانت في مدينة واحدة أو محلة واحدة أو زقاق واحد حتى لو كانت ملاصقة بعضها لبعض. ومن قبيل المختلف الجنس كما بينت الجوهرة والقهستاني، فلذلك لا تقسم قسمة جمع قضاء (الهندية وأبو السعود ومجمع الأنهر) لأن الدور وإن كانت جنساً واحداً باعتبار السكنى إلا أنه يوجد اختلاف في المقاصد باعتبار البلد والجيران وقربها من المسجد والسوق فيوجد تفاوت فاحش بينها فلا يمكن التعديل في القسمة فلا تقسم جبراً وقضاء (الطوري).

مثلاً لا تجوز قسمة القضاء بأن يعطى إلى أحد الشريكين من الدور المتعددة المشتركة بين إثنين مناصفة واحدة إلى أحدهما والأخرى إلى الآخر وقسمتها قسمة جمع قسمة قضاء بل تقسم كل واحدة منها قسمة تفريق على الوجه الآتي: أي كما هو مبين في الفصل الرابع. وكذلك التقسيم قضاء باعطاء أحد الشريكين داراً وإعطاء الآخر مخزناً غير جائز كما أن إعطاء أحدهما داراً وإعطاء الآخر عرصة قسمة قضاء غير جائز أيضاً (الجوهرة ومجمع الأنهر ورد المحتار).

تفصيلات في تقسيم الدور والبيوت والغرف:

الخلاصة أن المساكن ثلاثة أقسام: -

القسم الأول - الدور
القسم الثاني - البيوت وتسمى أيضاً الغرف
القسم الثالث - المنازل وتسمى بيوتاً

فإذا كانت الدور في بلاد مختلفة فقسمة القضاء فيها غير جائزة بالاتفاق أما إذا كانت في مدينة واحدة فلا تجوز قسمة القضاء فيها على رأي الإمام الأعظم. أما عند الإمامين فإجراء القسمة في هذا الحال مفوّض لرأي القاضي فإذا رأى القاضي أنه أصلح فيقسمه قسمة جمع وإذا لم يره أصلح فلا يقسمه قسمة جمع لأنه وإن كانت الدور من جنس واحد من جهة أصل السكنى والاسم والصورة فهي مختلفة الجنس نظراً لاختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى فيها فإذا قسمت كل دار على حدة فيحتمل أن يتضرر بعض الشركاء لقلة سهمه، فلذلك فوضت صورة التقسيم إلى رأي القاضي فإن شاء قسمها وإن شاء لم يقسمها (وعلى هذا الخلاص الأقرحة المتفرقة أو الكروم المشتركة). (مجمع الأنهر والطوري). وقد اختارت المجلة في هذه المادة قول الإمام الأعظم.

ومع أنه لا تجوز قسمة الدور المتعددة قسمة جمع على الوجه المشروح إلا أنه إذا رضي جميع الشركاء القسمة جمعاً فتقسم أيضاً على الوجه المشروح (الهندية).

كذلك لا تجوز قسمة الجمع جبراً بين الوقف والملك (الفرائد البهية). يعني لو كانت عرصتان مشتركتين بين اثنين إحداهما ملك والأخرى وقف يتصرف فيها بالإجارتين فلا تجوز قسمتها

قسمة جمع بإعطاء أحدهما عرصة الملك وإعطاء الآخر عرصة الوقف.

أما المنازل فإذا كانت متلاصقة أي متصلاً بعضها بالبعض الآخر فتجوز قسمتها قسمة جمع بقسمة قضاء أما إذا كانت متباينة أي متفرقاً بعضها عن بعض فلا تقسم قسمة جمع بقسمة قضاء كالدور. أما الهراو فتقسم على حدة سواء كانت في محل واحد أو في محلات مختلفة لأنه يكون في داخل الدار وفوق الغرفة. فإذا كانت متلاصقة فيجري فيها قسمة المفرد وإلا فتجري قسمة الجمع.

أما الغرف فتقسم تقسيم جمع بقسمة قضاء سواء كانت في محلة واحدة أو محلات متعددة لأن التفاوت في البيوت يسير (الجوهر والطوري ومجمع الأنهر والدرر والغرر).

الفصل الرابع

(في بيان قسمة التفريق)

تلخص مسائل قسمة التفريق على الوجه الآتي:

إن تقسيم العين المشتركة إما أن يكون نافعاً لجميع الشركاء فتكون ـ في هذه الحالة ـ تلك العين المشتركة قابلة للقسمة، وإما أن يكون مضراً بعموم الشركاء فتكون غير قابلة للقسمة، وإما أن يكون نافعاً لبعض الشركاء ومضراً ببعضهم فتقسم بطلب الشركاء النافع لهم التقسيم، ولا تقسم بطلب الآخرين أي المضر بهم التقسيم.

المادة (١١٣٩) ـ (إذا كان تفريق وتبعيض عين مشتركة غير مضر بأي شريك من الشركاء فهي قابلة للقسمة، مثلاً إذا قسمت عرصة وكان ينشأ أبنية وتغرس أشجار وتحفر بئر في كل قسم منها فعلى هذا الوجه تكون المنفعة المقصودة من العرصة باقية. وكذلك لو قسمت دار[١] فيها منزلان واحد للرجال والآخر للحريم فتفريقها وتقسيمها إلى دارين لا يفوّت منفعة السكنى المقصودة من الدار ويصير كل واحد من الشركاء صاحب دار مستقلة، فلذلك تجري قسمة القضاء سواء في العرصة أو في الدار يعني إذا طلب أحد الشركاء القسمة وامتنع الآخر فيقسمها القاضي جبراً)

إذا كان تفريق وتبعيض عين مشتركة أي تقسيمها إلى أقسام بنسبة حصص الشركاء غير مضر

(١) والأصل في اللغة التركية قوناق ومعناها الدار الكبيرة ذات الدوائر العديدة (المعرب).

بأي شريك من الشركاء أي نافع بالنفع الذي كان ينتفع به جميع الشركاء قبل القسمة فهي قابلة للقسمة سواء كانت من المثليات أو من القيميات وسواء كانت ملكاً أو وقفاً. أنظر شرح المادة (١١٣١). (رد المحتار).

يجب أن ينظر في خصوص القابلية للقسمة إلى عين المقسوم والنفع وحصص الشركاء بعين الاعتبار. إذ يكون تارة نفس العين غير قابلة للقسمة كالفرس والكتاب والغرفة الصغيرة ويكون القابل للقسمة تارة غير قابل لها بسبب عدم بقاء النفع كقسمة الحمام والطاحون ويكون طوراً غير قابل للقسمة بالنسبة إلى عدد الشركاء وحصصهم. مثلاً إذا كان المال القابل للقسمة إلى قسمين مملوكاً مناصفة بين اثنين فهو قابل للقسمة فإذا توفي الشريكان وخلف كل واحد منهما ولدين وكان المال المذكور غير قابل للقسمة إلى أربعة أقسام فهو غير قابل للقسمة.

مثلاً لو كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين وكانت كبيرة فإذا قسمت إلى قسمين متساويين وكان في كل قسم منها تنشأ أبنية وتغرس أشجار وتحفر بئر فيها أن المنفعة المقصودة من تلك العرصة قبل القسمة باقية فتكون هذه العرصة قابلة للقسمة.

مثلاً لو كانت عرصة طولها ثلاثون ذراعاً وعرضها عشرون ذراعاً مشتركة بين اثنين فإذا قسمت قسمين فيخرج نصيب كل منهما عرصة طولها خمسة عشر ذراعاً وعرضها عشرة أذرع فيستطيع كل منهما أن ينشئ داراً في نصيبه. أما لو كانت هذه العرصة مشتركة بالسوية بين خمسة عشر شخصاً فلا تكون هذه العرصة قابلة للقسمة بافراز حصة كل شريك من الشركاء. وتقسيمها تقسيماً آخر قد بين في شرح المادة (١١٣١).

كذلك لو كانت دار كبيرة مشتركة بين أخوين مناصفة ومشاعاً وقسمت على أن تكون دائرة الضيوف قسماً ودائرة الحريم قسماً فلا تفوت المنفعة المقصودة من سكنى الدار ويكون كل شريك من الشركاء صاحب منزل مستقل فتكون هذه القسمة نافعة لكل واحد منهما. أما لو كانت تلك الدار الكبيرة مشتركة بالتساوي بين عشرة أشخاص فإذا قسمت إلى عشرة أقسام وكان كل قسم من تلك الأقسام غير صالح لاتخاذه منزلاً ومسكناً مستقلاً فلا تكون الدار المذكورة قابلة للقسمة بتقسيمها إلى عشرة أقسام.

فلذلك تجري قسمة القضاء سواء في العرصة أو في الدار يعني إذا طلب أصحاب الدار القسمة وامتنع الآخر عن القسمة فيجبره القاضي عليها حيث كان في القسمة تكميل المنفعة فيجب على القاضي في حال طلب أحد الشركاء القسمة اجراؤها (الدرر).

كذلك لو كان اثنان متصرفين في عرصة وقف بطريق الإجارتين وكان في حال تقسيمها يمكن لكل واحد منهما الانتفاع بحصته وكان ذلك نافعاً للوقف فيقسم القاضي العرصة المذكورة بطلب أحد الشريكين وبرأي المتولي (الفتاوى الجديدة).

كذلك إذا كان بعض الغراس أو البناء وقفاً وبعضه ملكاً وكانت المعادلة ممكنة فتجري قسمة

القضاء لتفريق الملك عن الوقف (الخيرية) وقد بين في هذه المسألة جواز التقسيم بين الملك والوقف كما أنه قد بين في شرح المادة (١١٣٨) عدم جواز التقسيم بين المتصرف والمالك. كذلك إذا طلب أحد الشركاء القسمة حسب هذه المادة وادعى الآخر أنه باع حصته من آخر وامتنع الآخر عن إجراء القسمة بداعي بيع حصته فحكم ذلك قد بين في المادة (١١٣٠). (جامع الفتاوى في أول القسمة).

المادة (١١٤٠) - (إذا كان تبعيض وتفريق العين المشتركة نافعاً لاحد الشركاء ومضراً بالآخر يعني أنه مفوّت لمنفعته المقصودة فاذا كان الطالب للقسمة المنتفع فالقاضي يقسمها كذلك حكماً. مثلاً إذا كانت حصة أحد الشريكين في الدار قليلة لا ينتفع بها بعد القسمة بالسكنى فيها وصاحب الحصة الكبيرة يطلب قسمتها فالقاضي يقسمها قضاء)

إذا كان تفريق وتبعيض العين المشتركة أي تقسيمها بنسبة حصص الشركاء نافعاً لأحد الشركاء لكثرة حصته ومضراً بالآخر لقلة حصته أي كان مفوتاً لمنفعته المقصودة وطلب الشريك المنتفع فالقاضي يقسمها حكماً كما تقسم العين المبينة في المادة الآنفة. لأن طالب التقسيم ينتفع بهذا الطلب حيث يطلب حصر الانتفاع بملكه بنفسه ومنع غيره من الانتفاع بملكه فالطلب المذكور مشروع ويجب على القاضي قبوله وإن كان ذلك مضراً بالشريك الآخر إلا أنه لما كان الشريك يريد الإنتفاع بملك الغير فلا يعتبر ضرره (الطوري).

ولا تقسم بطلب الشريك الضارّ به التقسيم حيث لم يكن لذلك الشريك منفعة بهذا الطلب فيكون طلبه تعنّتاً (رد المحتار ومجمع الأنهر).

اختلاف الفقهاء في تقسيم العين النافع قسمها لبعض الشركاء والمضر ببعض الشركاء:

يوجد ثلاثة أقوال في تقسيم مثل العين المشتركة:

القول الأول - تقسم العين المذكورة بطلب صاحب الحصة الكبيرة والمنتفع من القسمة ولا تقسم بطلب صاحب الحصة الصغيرة والمضرة به القسمة.

القول الثاني - تقسم تلك العين بطلب صاحب الحصة الصغيرة والمضرة به القسمة ولا تقسم بطلب الشريك النافعة له القسمة، أي أن هذا القول هو عكس القول الأول لأن صاحب الحصة الكبيرة بطلبه التقسيم يكون طالباً ضرر رفيقه، وأما طلب صاحب الحصة القليلة فهو طالب ضرر نفسه وراض بذلك.

القول الثالث - أن تقسم العين بطلب أي شريك من الشركاء، أي سواء طلب القسمة الشريك النافعة له القسمة أو الشريك المضرة به القسمة، وقد اختار أصحاب المتون القول الأول. وأفتى على هذا الوجه في بهجة الفتاوى. وقد قبلت المجلة هذا القول بقولها «فإذا كان الطالب

للقسمة المنتفع فالقاضي يقسمها كذلك حكماً» (رد المحتار ومجمع الأنهر بزيادة).

مثلاً لو كانت دار مشتركة بين اثنين أثلاثاً أي لأحدهما ثلث وللآخر ثلثان فإذا قسمت تلك الدار فبما أن حصة صاحب الثلث قليلة وكان لا ينتفع بحصته بالسكنى فيها وكانت حصة صاحب الثلثين يمكن الإنتفاع بها بعد التقسيم فإذا طلب صاحب الحصة الكبيرة الذي ينتفع بالسكنى في حصته بعد القسمة فيقسمها القاضي قضاء.

كذلك لو كانت دار كبيرة مشتركة بين ثلاثة أشخاص وكانت حصة أحدهم النصف وحصة الشريكين النصف مناصفة أي لكل منهما الربع وكان الانتفاع ممكناً بنصف الحصة وغير ممكن بربع الحصة فإذا طلب صاحب النصف القسمة يجاب طلبه وتفرز حصته وتعطى له، أما الشريكان الآخران فتبقى حصتهما مشاعاً.

مستثنيات:

يستثنى من حكم هذه المادة أربع مسائل: -

المسألة الأولى - الطريق، وقد بينت في المادة (١١٤٣).

المسألة الثانية - المسيل، وقد ذكر في المادة (١١٤٤).

المسألة الثالثة - الوقف، وذلك أن عقار الوقف الذي يتصرف فيه مشتركاً بطريق الإجارتين يقسم بثلاثة شروط:

١ - أن يمكن الإنتفاع لكل شريك في الحصة التي تصيبه فيها لو أجريت القسمة، فعلى ذلك لو كان لا ينتفع ولو واحد من الشركاء بحصته التي تصيبه بالقسمة فلا تصح القسمة سواء كان الطلب من صاحب الحصة القليلة أو من صاحب الحصة الكبيرة.

٢ - أن يكون التقسيم أنفع في حق الوقف، فعلى ذلك لو بقي قسم عرصة للوقف بعد التقسيم بدون طريق أو كان عقار الوقف كبيراً وقسم إلى قطع صغيرة تزيل شرف العقار المذكور حسب الموقع وتتدنى بسبب ذلك وارداته القديمة فلا تصح القسمة.

٣ - أن يكون التقسيم باذن المتولي، فعلى ذلك لا يصح التقسيم الذي يقع بدون إذن المتولي ولا يعتبر، فإذا وجدت هذه الشروط الثلاثة فيصح التقسيم رضاءً كما يصح جبراً وقضاء.

مثلاً لو طلب بعض الشركاء المتصرفين في عقار وقف بطريق الإجارتين القسمة وامتنع الآخرون عنها فالقاضي يعين أهل خبرة لهم وقوف تام على أحوال البناء ويجري الكشف على أبنية وعرصة العقار بحضور الطرفين والمتولي ويجري تقويمها فإذا ظهر بعد الكشف أن العقار المذكور قابل للقسمة بين الشركاء بصورة نافعة للوقف وذلك بشهادة أرباب الوقوف فيقسم العقار المذكور بين الشركاء حسب حصصهم بقرعة بدون نظر إلى رضاء الممتنع ويفرق حصص كل منهم عن الأخرى ويضع علامات فاصلة بينها. أما إذا كان بعض الشركاء صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً فيجب

أن يكون في التقسيم منفعة لهم، وفي هذه الصورة تقسم بمعرفة أوليائهم أو أوصيائهم.

المسألة الرابعة ـ الأراضي الأميرية: يشترط في تقسيم الأراضي الأميرية أن ينتفع جميع الشركاء النفع الذي كانوا ينتفعون به قبل التقسيم، فلذلك إذا كان التقسيم غير نافع لجميع الشركاء أو كان نافعاً لبعضهم ومضراً بالآخرين أو مفوتاً لمنفعته المقصودة فلا تصح القسمة بطلب الشريك الغير المتنفع، كما أنها لا تصح أيضاً بطلب الشريك المنتفع.

المادة (١١٤١) ـ (لا تجري قسمة في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها بكل واحد من الشركاء. مثلاً إذا قسمت الطاحون فلا تستعمل طاحوناً بعد، فلذلك تفوت المنفعة المقصودة منها. وعليه فلا يسوغ للقاضي قسمتها بطلب أحد الشركاء أما بالتراضي فتقسم، والحمام والبئر والقناة والبيت الصغير أو الحائط بين الدارين هي كذلك والعروض المحتاجة إلى الكسر والقطع كحيوان واحد ومركبة واحدة وسرج واحد وجبة واحدة وحجر خاتم واحد هي من هذا القبيل فلا تجري قسمة القضاء في أي واحد منها)

لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها أي تقسيمها بنسبة حصص الشركاء بكل واحد من الشركاء أي التي تفوت المنفعة المقصودة منها لأن الإجبار على القسمة قد شرع لتكميل المنفعة وإجراء القسمة في عين مشتركة كهذه يستوجب تفويت المنفعة ويأتي بعكس النتيجة (الدرر) عدا أن طالب القسمة هو متعنت ومتصد لأضرار الغير فالقاضي لا يباشر عملاً كهذا غير مفيد وباعثاً للضرر (الطوري).

مثلاً إذا قسمت طاحون مشتركة فلا يمكن استعمالها طاحوناً (الدرر) ولو كان الإنتفاع بها ممكناً باتخاذها اصطبلاً أو مخزناً لا تعد قابلة للقسمة إذ تفوت بذلك المنفعة المقصودة فلذلك لا يقسمها القاضي بطلب أحد الشركاء أي بطلب بعضهم والحمام كالطاحون (الطوري) أما إذا كانت الطاحون ذات حجرين وكان الحمام ذا مخزنين وكان الانتفاع بهما كالأول فهما قابلان للقسمة. أنظر شرح المادة (١١٣١). (رد المحتار ولسان الحكام).

وقد أفتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطبخين وبئرين للزيت لأنها قابلة للقسمة بلا ضرر (رد المحتار).

أما بالتراضي أي بتراضي جميع الشركاء فتقسم لأن الحق لهم وهم أعلم من غيرهم في احتياجاتهم (الطوري).

وقسمة الرضاء على نوعين كما بين في المادة (١١٢١): ـ

النوع الأول ـ أن يقسم الشركاء المال المشترك بالتراضي بمباشرتهم التقسيم بالذات.
النوع الثاني ـ أن يراجع الشركاء القاضي وأن يقسمه القاضي برضائهم جميعاً.

وقد اتفق الفقهاء على جواز قسمة الرضاء في العين المشتركة في النوع الأول المبحوث عنه في هذه المادة، إلا أنهم اختلفوا في جواز وعدم جواز قسمة الرضاء في النوع الثاني منها فقد قال بعضهم بجواز قسمة الرضاء في هذا النوع أيضاً (الكنز والطوري) وأما عند بعضهم فلا تجري قسمة الرضاء في النوع الثاني أي أنه لو رضي جميع الشركاء وطلبوا من القاضي القسمة فلا يقسمه القاضي لأن القاضي لا يشتغل بالأمر الغير المفيد ولا سيما إذا كان موجباً لأضرار الناس وإضاعة المال وتفويت المنفعة لأنه محرّم ولذلك لا يباشر تلك القسمة ولو طلب ذلك جميع الشركاء وبما أنه لا يمنع الذي يتصدى لإتلاف ماله من الإتلاف بحكم القاضي فإذا اتفق جميع الشركاء على التقسيم بالذات وقسموا فلا يمنعهم القاضي من التقسيم (الطوري ورد المحتار).

وفقرة المجلة السالفة الذكر لا تعين ولا تخصص أحد القولين.

وكذلك الحمام والبئر والحوض ولو كان عشراً في عشر والقناة والشرب سواء مع الأرض أو بلا أرض والغرفة الصغيرة والحائط بين الدارين أيضاً كذلك. أي أن القاضي لا يقسم ذلك جبراً حتى أن البئر والقناة لو كانتا ضمن العرصة القابلة للقسمة فتقسم العرصة على حدة وتترك البئر والقناة مشتركتين. وكذلك القناة والشرب المجرد أي بلا أرض لا يقسمان. وإذا كانت القناة مع الأرض فتقسم الأرض على حدة وتترك القناة والشرب مشتركين (الطوري).

وللشركاء أن يقتسموا ذلك برضائهم كأن يقتسموا الحمام والغرفة الصغيرة باتخاذ الحمام مخزناً

وقد ذكر آنفاً أن الحمام يكون قابلاً للقسمة بعضاً كما أن معصرة الزيت إذا كانت مشتركة مناصفة بين اثنين وكان لها عودان ومطبخان وبئران وكان من الممكن قسمتها بلا ضرر فهي قابلة للقسمة (الحامدي ورد المحتار).

والعروض المحتاجة للقطع والكسر كحيوان واحد ومركبة واحدة وسرج واحد وقوس واحدة وبندقية واحدة وجبة واحدة وحلة واحدة وحجر خاتم واحد وكل عروض يوجب تقسيمها ضرراً هي من هذا القبيل فلا تجري في أي واحدة منها قسمة قضاء إذ لو قسمت حلة واحدة فيحصل هذا التقسيم باتلاف جزء منها وهو ضرر أما اذا اتفق جميع الشركاء على تقسيمها على هذا الوجه فيصح مثلاً لو كانت حلة مشتركة بين اثنين واقتسماها بالرضاء فشقاها طولاً أو عرضاً وكل منهما أخذ قسماً منها فهو جائز وليس لأحدهما بعد ذلك الرجوع عن هذه القسمة (الهندية والطوري).

ومعنى قول المجلة «حيوان واحد ومركبة واحدة» أنه لا يقسم الحيوان الواحد والمركبة الواحدة إلى قسمين وليس معناه عدم جواز إعطاء حيوان لأحد الشريكين وإعطاء الآخر مقابل ذلك مركبة لأن هذا المعنى الثاني قد مر ذكره في المادة (١١٣٥).

إذا أريد تقسيم شيء في تبعيضه ضرر كحيوان واحد أو مركبة واحدة فيتفق الشريكان على بيعه لآخر ويقتسمان ثمنه أو يبيع أحدهما حصته للآخر أو يؤجر أحدهما حصته للآخر أو أن يتهايئا بالمال المشترك (التنقيح والخلاصة).

المادة (١١٤٢) - (كما أنه لا يجوز تقسيم أوراق الكتاب الواحد المشترك كذلك لا يجوز تقسيم الكتاب المنقسم إلى مجلدات عديدة جلداً فجلداً)

كما أنه لا يجوز تقسيم أوراق الكتاب الواحد المشترك بين الشركاء كذلك لا يجوز تقسيم الكتاب المنقسم إلى مجلدات عديدة ككتاب رد المحتار والهندية وفتح القدير وترجمة القاموس جلداً فجلداً حيث يحصل بتقسيم الكتب المذكورة على الوجه المشروح إتلاف للمال مع أن المقصود من التقسيم تكامل المنفعة (الطورى) وفي هذه الحال يجب أن ينتفع الشركاء من هذه الكتب إما بطريق المهايأة أو بيع أحدهم حصته للآخر وإما أن تباع برضائهم جميعاً وتقسم أثمانها. كما أنه لا يجوز قسمة تلك الكتب قسمة جمع مثلاً بإعطاء أحد الشريكين كتاب رد المحتار وإعطاء الآخر كتاب الهندية. أنظر المادة (١١٣٤) (رد المحتار).

المادة (١١٤٣) - (إذا طلب أحد الشركاء قسمة الطريق المشتركة بين اثنين أو أكثر التي ليس لغيرهم حق بالدخول إليها مطلقاً وامتنع الآخر ينظر. فإذا كان بعد القسمة يبقى لكل واحد طريق تقسم وإلا فلا يجبر على القسمة إلا إذا كان لكل واحد طريق ومنفذ على حدة فإنها في ذلك الحال تقسم)

إذا طلب أحد الشركاء قسمة الطريق المشتركة بالتساوي أو التفاضل بين اثنين أو أكثر.

- والأنسب أن يقال أكثر من واحد - التي ليس لغير أولئك الشركاء حق بالدخول إليها مطلقاً وقد قصد بهذا التعبير الإحتراز من الطريق الوارد ذكرها في المادة (١٢٢٣) وامتنع الآخر عن القسمة وروجع القاضي في ذلك ينظر:

ويفهم من هذه الفقرة ومن المادة (١٢٢٣) أن الطريق الخاص على نوعين: -

النوع الأول - الطريق المشتركة بين أكثر من واحد التي لا تكون لأحد غير الشركاء حق بالدخول إليها كأن تكون عرصة مشتركة بين خمسة أشخاص فيقتسمونها بينهم خمسة أقسام ويفرزون منها طريقاً ويبنون فيها خمسة بيوت فالطريق الموضوع البحث فيها هي هذه الطريق وهذا النوع من الطريق الخاص يباع ويشرى ويقسم بين الشركاء.

النوع الثاني - الطريق المحاطة بالدور وجرى افرازها للمرور وهي الوارد ذكرها في المادة (١٢٢٣).

وقد احترز عن هذه الطريق بقول المجلة «التي ليس لغيرهم حق بالدخول إليها مطلقاً» (الهندية) وهذا النوع من الطريق الخاص أي النوع الثاني لا يباع ولا يشرى ولا يقسم.

فإن كان بعد القسمة يبقى لكل واحد طريق من الحصص المفرزة تقسم فإذا كانت حصصهم معلومة فالطريق تقسم بنسبة حصصهم وإذا كانت مجهولة فتقسم على عدد رؤوس الشركاء لأنه يوجد، في التقسيم على هذا الحال، إفراز وتكميل منفعة (الطوري) أما إذا كانت غير معلومة حصص الشركاء في الطريق فلا تقسم بنسبة مساحة أملاك الشركاء، لأن المقصود من الطريق هو الإستطراق والمرور منها وهذا لا يختلف باعتبار سعة الدار أو ضيقها فيكون في الحالين واحداً (رد المحتار) فعلى ذلك لو كانت طريق سعتها ثلاثون ذراعاً وكانت مشتركة بين اثنين ثلثا وثلثين وكان كل طرف منها مساوياً في القيمة للطرف الآخر فتقسم بإعطاء صاحب الثلث عشرة أذرع منها وصاحب الثلثين عشرين ذراعاً، وإذا كانت غير معلومة حصة كل شريك في الطريق المذكورة فتقسم بنسبة عدد الرؤوس أي تقسم مناصفة بينهما أي يعطى لكل واحد منهما خمسة عشر ذراعاً والحكم في الساحة على هذا الوجه يعني إذا كانت حصص الشركاء غير معلومة فتقسم على عدد الرؤوس لأن الشركاء متساوون في استعمال الساحة المذكورة وجميعهم يمرّ منها ويكسرون حطبهم ويضعون أشياءهم فيها، فلذلك لو كانت دار ذات ثلاثة غرف غرفتان منها مملوكتان لواحد والغرفة الثالثة مملوكة لآخر وكان لها ساحة فتقسم الساحة المذكورة مناصفة بين الشريكين ولا يعطى لصاحب الثلثين ثلثاها (التنقيح والحامدي).

وقولنا «تقسم عليهم بحسب حصصهم» هو في حالة عدم تقسيم الشركاء بالرضاء وإجراء التقسيم حكماً وجبراً من طرف القاضي لأن حكم القاضي مشروط ومقيد بالعدالة. أما إذا قسم الشركاء بالرضاء وشرطوا في القسمة تفاوت حصصهم في الطريق حال كون شركتهم في الدار متساوية جاز لأن التقسيم متفاضلاً في الأموال الغير الربوية صحيح وجائز (ألطوري).

جاء في المجلة «يبقى لكل واحد طريق» والمقصود من الطريق في تقسيم الدار طريق يمكن لرجل المرور منها وفي تقسيم الأرض مرور ثور منها وفي تقسيم الحرج والغابة مرور حمل حطب والمرور بالبهيمة وليس معنى الطريق في تقسيم الأراضي طريق يمكن لثورين أن يمرّا منها متحاذيين ولو كان احتياج لذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا يتناهى أما المحل الذي لا يستطيع الرجل المرور منه فلا يكون طريقاً (الهندية والطورى وأبو السعود والبيرى في القسمة).

وإلا لا يجبر على القسمة أي إذا لم يبق لكل واحد من الشركاء طريق بعد القسمة فلا يجبر عليها سواء لم يبق لكل واحد منهم طريق أو بقيت طريق لأحد الشركاء لزيادة حصته ولم تبق للآخر. وقد ورد في المادة (١١٤٠) أنه يجوز التقسيم في الصورة الثانية بطلب صاحب الكثير وامتناع صاحب القليل وقد قال بذلك أيضاً بعض الفقهاء (الهندية) إلا أنه يفهم من هذه المادة أنه

لا يجوز تقسيم الطريق على هذا الوجه لأنه لو قسمت الطريق فالمقدار الذي يصيب صاحب القليل يكون غير صالح لاتخاذه طريقاً كما أنه لا يكون له طريق للوصول إلى بيته ويصبح غير ممكن الوصول إلى داره مما يوجب تعطيل الملك وتعطيل الملك غير جائز.

سؤال ـ لو كانت غرفة مشتركة بين اثنين وكانت حصة أحدهما كثيرة ويمكن الإنتفاع بها بعد القسمة وحصة الآخر قليلة لا يمكن الإنتفاع بها فتقسم هذه بطلب صاحب الكثير وهذا يوجب تعطيل ملك صاحب القليل؟.

الجواب ـ بما أنه يمكن لصاحب الحصة القليلة ادخال حصته في بنائه المجاور وتوسيعه أو بيع حصته لأحد جيرانه فينتفع بحصته ولا يوجب ذلك تعطيل ملكه .

ولا تجري المهايأة في مثل هذه الطريق للأسباب السالفة البيان لأن ذلك يوجب تعطيل ملك أحد الشركاء في نوبة الآخر (الأنقروي) إلا إذا كان لكل واحد من الشركاء طريق غير الطريق المطلوبة قسمتها على حدة أو منفذ له ففي ذلك الحال أي في حال وجود طريق لكل واحد منهم على حدة أو منفذ له فتقسم أيضاً. وفي هذه الصورة لو كان لبعض الشركاء حصة كثيرة في الطريق المطلوبة قسمتها وكانت القسمة المذكورة نافعة له ومضرة بالشريك الآخر فطلب الشريك المنتفع القسمة فتقسم كما جاء في المادة (١١٤٠) ولا تقسم بطلب الآخر. أنظر شرح المادة (١١٤٠). وكذلك إذا كانت الطريق المطلوبة قسمتها لا تصلح لاتخاذها طريقاً بعد القسمة فلا تجري فيها أيضاً قسمة القضاء. أنظر المادة (١١٤١).

خلاصة مسائل قسمة الطريق: ـ

المسألة الأولى ـ إذا كانت الطريق صالحة لأن يبقى لكل شريك منها طريق فتقسم .

المسألة الثانية ـ إذا لم تكن صالحة لأن تكون طريقاً لأي واحد من الشركاء فلا تقسم .

المسألة الثالثة ـ إذا كانت الطريق بعد القسمة صالحة لأن تكون طريقاً لأحد الشركاء وغير صالحة للآخر ولم يكن لكل واحد منهم طريق أو منفذ آخر فلا تقسم .

المسألة الرابعة ـ إذا كانت الطريق بعد القسمة صالحة لأن تكون طريقاً لأحد الشركاء وغير صالحة للآخر وكان لكل واحد منهم طريق ومنفذ آخر على حدة فتقسم بطلب الصالحة له ولا تقسم بطلب الآخر .

المسألة الخامسة ـ إذا كانت الطريق بعد القسمة صالحة لاتخاذها طريقاً لأحد الشركاء وكان له طريق ومنفذ آخر وكانت غير صالحة لاتخاذها طريقاً للآخر وكان لا يوجد للشريك المذكور طريق ومنفذ آخر على حدة فلا تقسم .

المسألة السادسة ـ إذا كانت الطريق بعد القسمة صالحة لاتخاذها طريقاً لأحد الشركاء ولم يكن للشريك المذكور طريق أو منفذ آخر على حدة وكانت غير صالحة لاتخاذها طريقاً للآخر إلا أن

لهذا الآخر طريقاً ومنفذاً آخر على حدة فيفهم جواز التقسيم من الدليل الذي بيّن في عدم التقسيم إلا أنه يجب العثور على مسألة صريحة في هذا الشأن.

المادة (١١٤٤) - (المسيل المشترك أيضاً كالطريق المشترك، فإذا طلب أحدهم القسمة وامتنع الآخر فإن كان بعد القسمة يبقي لكل واحد منهم محل لإسالة مائة أو كان له محل آخر لاتخاذه مسيلاً فيقسم وإلا فلا يقسم)

المسيل المشترك أيضاً كالطريق المشترك الذي سبق تفصيل أحكامه فإذا طلب أحد الشركاء وامتنع الآخر ينظر: فإن كان بعد القسمة أي بعد افراز المسيل المذكور يبقى محل لكل واحد من الشركاء من حاصل الحصص المفرزة لإسالة مائة أو كان لكل واحد من الشركاء محل آخر يتخذ مسيلاً فيقسم جبراً وحكماً. وإلا أي إذا قسم المسيل المشترك ولم يبق لكل واحد منهم محل لإسالة مائة ولم يكن لكل شريك من الشركاء محل آخر يمكن اتخاذه مسيلاً فلا يقسم المسيل جبراً إذ في هذا الحال تبقى الدار بلا مسيل ولا يمكن الإنتفاع بها فتتعطل منافع الملك.

ومسائل قسمة المسيل ترتب على مسائل قسمة الطريق الوارد ذكرها في شرح المادة الآنفة وتقاس عليها.

المادة (١١٤٥) - (كما أنه يجوز أن يبيع شخص طريقه الملك على أن يبقى له حق المرور فيها يجوز أيضاً أن يقتسم اثنان عقارهما المشترك بينهما على أن تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيته لأحدهما وأن يكون للثاني حق المرور فقط)

كما أنه يجوز أن يبيع شخص طريقه الملك على أن يبقى له حق المرور فيها وأن يبيع داره السفلي لمن شاء على أن يبقى له حق المرور في العليا يجوز أيضاً أن يقتسم اثنان عقارهما المشترك بينهما على أن تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيته لأحدهما وأن يكون للآخر حق المرور فقط أو عار عن الرقبة سواء كان العقار مشتركاً بينهما متساوياً أو مشتركاً متفاضلاً وبهذه الصورة يكون الشريك الذي أعطى حق المرور اشترى من الشريك الذي بقيت له رقبة الطريق حق مروره وأعطى بدلاً عن ذلك نصيبه من العقار لشريكه وتكون المعاوضة حصلت بينهما على هذا الوجه وفي هذا الحال يكون لصاحب حق المرور حق المرور من تلك الطريق ويكون لصاحب الرقبة أيضاً حق المرور منها (الأنقروي والهندية) سواء أعطيت رقبة الطريق لصاحب الأقل أو أعطيت لصاحب الأكثر فهو متساو، وإن يكن أنه بالتقسيم على هذا الوجه يكون أعطى للشريك الذي ملك الطريق شيء أزيد عن شريكه وهو حق الملكية وحق المرور معاً إلا أن التقسيم بالتفاوت في الأموال الغير الربوية رضاء جائز كما ذكر ذلك في شرح المارة (١١٤٣). (رد المحتار)

المادة (١١٤٦) - (كما يجوز ترك الحائط الواقع بين الحصتين مشتركاً في تقسيم الدار بين الشريكين تجوز أيضاً القسمة على جعله ملكاً لأحدهما)

كما يجوز ترك الحائط الواقع بين الحصتين مشتركاً في تقسيم الدار المشتركة كما كان تجوز أيضاً القسمة على جعله ملكاً لأحدهما لأن رقبة الحائط هي ملك للشريكين فهي محل للمعاوضة. (رد المحتار) فإذا قسمت الدار وجعل الحائط ملكاً لأحدهما على هذا الوجه وشرط أن يكون للشريك الآخر حق وضع جذوعه على الحائط فيجوز هذا الشرط بناء على التعامل (الحموي) أنظر المادة (٣٧).

الفصل الخامس

(في بيان كيفية القسمة)

المادة (١١٤٧) - (يقسم المكيل المشترك بالكيل إن كان من المكيلات وبالوزن إن كان من الموزونات وبالعدد إن كان من العدديات وبالذراع إن كان من الذرعيات)

تختلف كيفية التقسيم باختلاف المقسوم، فلذلك يقسم المال المشترك بنسبة حصص الشركاء بالكيل إن كان من المكيلات أي بالكيلة والصاع، وبالوزن أي بالميزان إن كان من الموزونات، وبالعدد إن كان من العدديات، وبالذراع إن كان من الذرعيات سواء كان من القيميات كما هو في المادة الآتية أو كان من المثليات، وقد بين معنى هذه الألفاظ في شرح المادة (١١١٤) وقد ذكر في المادة (١١٢٢) الاختلاف الواقع في لزوم وعدم لزوم اجرة الكيل والوزن في التقسيم (الهندية).

قيل شرحاً «بنسبة حصص الشركاء» ويوضح هذا القيد على الوجه الآتي وهو أنه إذا كان التقسيم واقعاً بنسبة حصص الشركاء فهو صحيح في كافة الأموال وفي قسمة الرضاء والقضاء. أما في قسمة القضاء فلا يصح إعطاء أحدهم حصة أكثر من الآخر، ولكن إذا أعطى أحد الشركاء في قسمةالرضاء حصة أكثر من الآخر بالرضاء فإذا كان ذلك واقعاً في غير الأموال الربوية فجائز كما ذكر في شرح المادة (١١٤٥) أما في الأموال الربوية فغير جائز أنظر شرح المادة (١١٢٤).
(الدر المختار في القسمة بزيادة)

المادة (١١٤٨) - (بما أن العرصة والأراضي من الذرعيات فيقسمان بالذراع أما ما عليهما من الأشجار والأبنية فيقسم بتقدير القيمة)

بما أن العرصة والأراضي هما من الذرعيات بموجب المادة الآنفة الذكر فيقسمان بالذراع

والعرصة تطلق على القطعة الموجودة عليها أبنية وأشجاراً والغير الموجودة فيها (الكليات) والعرصة بالفتح بوزن الضربة وهي الساحة الواسعة التي توجد بين الدور الخالية من الشجر والبناء.

إذا كان البناء الواقع على مقدار من العرصة مستحقاً للقلع فلا يدخل في الحساب مقدار العرصة بل تقدر قسمة البناء الذي عليها فلذلك لو كانت ظلة دار خارجة على الطريق الأعظم فلا تدخل العرصة المبنى عليها ذلك البناء الخارج في الحساب لأنه لا يوجد حق قرار في ذلك بل هو مستحق للقلع فيعدّ كالمقلوع ولا يمكن تقسيم الأرض. أما البناء فيقوّم مجرداً عن العرصة (الهندية) أما الأشجار والأبنية التي على العرصة والأراضي فتقسم بتقدير القيمة، فعلى ذلك إذا أصاب البناء حصة أحد الشركاء فيعطى للحصة الأخرى إذا كان ممكناً زيادة من العرصة تعادل قيمة البناء وإذا كان غير ممكن يجري التعديل بإضافة نقود.

إن ما ورد في هذا الشرح وفي المادة الآتية هو على مذهب الإمام الأعظم.

مثلاً لو أراد اثنان تقسيم البستان المملوك لهما إرثاً الحاوي أشجاراً مختلفة القيمة فيقسمان العرصة بالذراع والأشجار بتقدير القيمة (البهجة) وفي تقسيم العرصة والبناء قضاء يجوز أيضاً أن يكون بعض الحصص أزيد من غيرها من حيث الذراع لشرف الموضع وقيمة البناء (الهندية) كما يفهم ذلك من المادة الآتية أيضاً.

المادة (١١٤٩) - (إذا كان في تقسيم الدار أبنية حصة أزيد قيمة عن أبنية الحصة الأخرى فإن أمكن تعطى الحصة الأخرى من العرصة زيادة معادلة لها وإلا فيضاف مقابلها نقود)

إذا كان في تقسيم الدار أبنية حصة أزيد قيمة عن أبنية الحصة الأخرى فإن أمكن أي إذا كان غير متعذر تعطى الحصة الأخرى أي التي قيمتها قليلة زيادة من العرصة تكون قيمتها معادلة ومساوية لها أي للحصة الكثيرة القيمة ويجب التقسيم على هذا الوجه بدون علاوة نقود لأن المعادلة صورة ومعنى بين الحصص واجبة في القسمة (الهندية).

مثلاً إذا قسمت دار مشترك وبقي في إحدى الحصص المقسومة بناء قيمته أزيد من قيمة بناء الحصة الأخرى وطلب الشركاء علاوة نقور مقابل تلك الزيادة وطلب الآخر الزيادة من العرصة يضم القاضي الزيادة من العرصة إذا كان ممكناً ولا يجبر الشريك الذي أخذ حصة زائدة من البناء على اضافة نقود لأن الشركة هي في الدار وليست في النقود والقسمة من حقوق الملك المشترك ولا سيا فإن القسمة قضاء في المال المشترك المختلف الجنس غير جائزة وبما أن التقسيم في غير المال المشترك غير جائز بطريق الأولى فلذلك لا يجوز ادخال النقود الغير المشتركة في القسمة (الدرر ورد المحتار).

فإن لم تكن النقود من الشركة فالحكم هو على الوجه المشروح، أما إذا كانت النقود من

الشركة فيجوز اضافة النقود عند بعض الفقهاء ولا يجوز أيضاً عند بعضهم (رد المحتار).

أما إذا رضي الشركاء بإضافة النقود فتضاف النقود إلى القسمة ولو كان ممكناً اعطاء محل فعلى ذلك لو كان بعض العقار وقفاً وبعضه ملكاً ولزم في التقسيم علاوة نقود فإذا كان الدافع للنقود جهة الوقف فهو صحيح إذ يكون قد أخذ الوقف واشترى الوقف القسم الآخر من الشريك أما إذا كان دافع النقود صاحب الملك فهو غير جائز لأن ذلك بيع لبعض الوقف ونقض له وحصة الوقف وقف وما اشتراه ملك ولا يصير وقفاً (رد المحتار). أنظر شرح المادة (١٢٥).

وإذا كان غير ممكن فبالضرورة تضاف نقود مقابل قيمة الحصة الزائدة وتعدل الحصص لأنه إذا لم تمكن المعادلة صورة وجب اعتبار المعادلة معنى (الهندية). أنظر المادة (٢١) فلذلك إذا لم يكن ممكناً اضافة أي مقدار من العرصة فتضاف النقود كما أنه لو أمكن اضافة قسم من العرصة ولم يمكن حصول المعادلة باضافتها إلى الحصة القليلة فبعد اضافة ذلك المقدار من العرصة تضاف نقود أيضاً. مثلاً إذا أضيف من العرصة مقدار يمكن إضافته وكان المقدار المضاف إلى الحصة غير واف بقيمة البناء فتضاف نقود من أجل الباقي لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل وهو القسمة في المساحة إلا بالضرورة (الطوري والهندية).

وإضافة النقود في تقسيم العقار غير جائزة كما بين وكذلك غير جائزة إضافة النقود في تقسيم المنقولات أيضاً ما لم يرض بذلك جميع الشركاء (الدر المختار).

المادة (١١٥٠) - (إذا أريد قسمة دار مشتركة بين اثنين على أن يكون فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر فيقوّم كل من الفوقاني والتحتاني وتقسم باعتبار القيمة)

إذا أريد قسمة دار مشتركة بين اثنين قابلة للقسمة على أن يكون فوقانيها الذي هو عبارة عن البناء فقط لواحد وتحتانيها الذي هو عبارة عن الأبنية والعرصة للآخر فيقوّم كل من الفوقاني والتحتاني ويقسم باعتبار القيمة لأن قيمة الفوقاني والتحتاني متفاوتة حسب الأوقات فيختار الفوقاني صيفاً والتحتاني شتاء كما أن التحتاني يكون صالحاً لبناء بئر أو صهريج أو اصطبل. أما الفوقاني فلا يكون صالحاً لذلك وعليه فلا يكون التعديل بينهما إلا بتقدير القيمة (أبو السعود ورد المحتار). فلذلك إذا كانت قيمة هذين متساوية فتقسم ذراعاً بذراع أما إذا كانت مختلفة بأن كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر فيعطى ضعف القسم الذي قيمته زيادة للآخر وتجري القسمة على هذا الوجه ويراعى التساوي في القسمة.

وتقويم البناء هو مبني على الفقرة الأولى من المادة (١١٤٨) وقد اتفق الأئمة الثلاثة على ذلك، أما تقويم العرصة فهو مبني على مذهب الإمام محمد فقط، وبما أن المذهب المذكور هو المفتى به فقد اختارته المجلة (رد المحتار).

وعبارة «دار» قيد احترازي لأنه لا تجري قسمة القضاء باعطاء فوقاني داراً لأحد الشريكين وتحتاني دار أخرى للشريك الآخر. أنظر المادة (١١٣٨). (أبو السعود)

المادة (١١٥١) - (إذا أريد تقسيم دار فعلى القسام أن يصورها على الورق ويمسح عرضها بالذراع ويقوّم أبنيتها ويسوِّي ويعدل الحصص بنسبة حصص أصحابها ويفرز حق الطريق والشرب والمسيل بصورة أن لا يبقى تعلق لكل حصة في الأخرى إذا أمكن ويلقب الحصص بالأولى والثانية والثالثة ثم يقرع فتكون الأولى لمن خرج اسمه ابتداء والثانية لمن خرج اسمه ثانياً والثالثة لمن خرج اسمه ثالثاً ويجري على هذا الترتيب إذا وجدت حصص أكثر من ذلك)

إذا أريد تقسيم دار أو بستان فاللائق بالقسام أولاً أن يصور ابتداء الملك الذي سيقسمه على الورق قبل التسليم وأن يقيد حصص كل شريك فيذكر أن لفلان النصف وأن لفلان الثلث وأن لفلان السدس حتى يحفظ القسام حصص الشركاء ويكون مقتدراً على اعلام القاضي حين الاقتراع (وثانياً) أن يمسح العرصة بالذراع لأن مقدار المساحة يعلم بالذراع. أنظر المادة (١١٤٨). وبما أن مالية العرصة تعلم بالتقويم فيجب أيضاً تقويم العرصة لأنه إذا كانت عرصة مساحتها مائتا ذراع مشتركة بين اثنين فلا تقسم مساحتها بالذراع بإعطاء كل واحد من الشريكين مائة ذراع إذ تكون إحدى جهات العرصة طريقاً عاماً وجهتها الأخرى زقاقاً غير نافذ أو أن أحد طرفيها مكشوف للشمس ومشرف على البحر وطرفها الآخر عكس ذلك فلا تكون مساوية بعضها لبعض للأسباب المذكورة أو لأسباب أخرى فلذلك يأخذ الشريك الذي يأخذ الطرف الغير المرغوب زيادة في المساحة كمائة وعشرين ذراعاً مثلاً.

قد بين في شرح المادة (١١٤٨) أن البناء الواقع على مقدار من العرصة إذا كان مستحقاً للقلع لا يدخل ذلك المقدار من العرصة في التقويم (الطوري).

(وثالثاً) يقوّم البناء أي أن تقدر قيمة لأبنيتها لأن مالية الأبنية تعلم بتقدير القيمة. أنظر المادة (١١٢٤). وبما أنه عند اجراء القسمة سيدخل مقدار من البناء في حصص بعض الشركاء فيجب على القسام أن يكون واقفاً على قيمة البناء (الهندية) وبما أن مقدار الأبنية يعلم بالمساحة فيجب أيضاً مسح ذلك.

والحاصل أنه يجب مسح كل من العرصة والأبنية مع تقويمها.

(ورابعاً) أن يسويها ويعدلها بحسب حصص أصحابها لأنه يجب أن تكون القسمة عادلة كما ذكر في المادة (١١٢٧). ولزوم التعديل في القسمة هو واجب في قسمة القضاء. أما في قسمة الرضاء فقد ذكر في شرح المادة (١١٤٣) أنه لو أعطى أحد الشريكين برضاء الشريك الآخر

واذنه مالاً أزيد من حصته في الأموال الغير الربوية فيكون جائزاً.

(وخامساً) أن يفرز حق طريق وشرب ومسيل كل حصة أي أن لا يبقى لأي حصة حق طريق وحق مسيل في حصة أخرى قطعاً للنزاع ولتكامل منفعة كل حصة من الحصص إذا أمكن ذلك لأن القسمة شرعت لتكميل المنفعة وهي تحصيل بذلك لأنه إذا لم تفرز الحصص على هذا الوجه فتبقى بعض الحصص مخلوطة بالحصص الأخرى ومعلقة بها ولا يحصل الانفصال من وجه (الطوري).

وهذا الشرط الخامس هو بيان للأفضل فلذلك لو ترك حق طريق أحد الشركاء من حصة الآخر جاز ولو كان من الممكن اجراء القسمة بدون ذلك. أنظر المادة (١١٦٦) كما أنه يفهم من تعبير «إذا أمكن» أنه في حالة عدم الإمكان أن يترك حق مسيل أحد الشركاء في حصة الآخر، وهذه الإيضاحات ليست منافية للمادتين (١١٦٦ و ١١٦٧).

كذلك لو اقتسم اثنان الدار المشتركة بينهما ثم ظهر بعد القسمة أنه لا يوجد طريق لحصة أحد الشريكين فينظر: فإذا كان يمكن للشريك المذكور أن يفتح طريقاً من حصته يمكن مرور انسان منها جاز التقسيم لأن التقسيم الواقع على هذه الصورة لا يكون موجباً لتفويت المنفعة وإذا كان غير ممكن فتح طريق كهذه في حصته ينظر أيضاً: فإذا كان يعلم بأنه ليس له طريق في حصته فتكون القسمة فاسدة وإذا كان يعلم عدم وجود طريق لحصته فتجوز القسمة لأنه يكون قد رضي بهذا التقسيم وقبل حصته بعيبها (الطوري).

قد ذكر في شرح المادة (١١٤٣) أنه يجب أن تكون الطريق في تقسيم الدار لا أقل من مقدار يمر منه إنسان والتي تكون أقل من ذلك لا تكون طريقاً ولا يلزم أن تكون بمقدار يمر منها الجمل (الهندية).

(وسادساً) إن يلقب الحصص بالأولى والثانية والثالثة أي أن يسميها على هذا الوجه ليتمكن من سحب القرعة ثم يرتب أوراق القرعة وبعد تحرير أسماء أصحابها على الورق وطيّ الورق بصورة لا تمكن قراءة الكتابة من الخارج ووضعها في وعاء وخلطها بعضها ببعض بصورة لا يعلم أصحابها من الخارج تسحب القرعة وسحبها على هذا الوجه هو لتطييب القلوب ولإزالة تهمة الميل والصحبة لأحد الشركاء أي إذا باشر القاضي أو القسام القسمة فيلزم سحب القرعة.

سؤال - أن تعيين الإستحقاق بالقرعة ميسر فهو حرام إذ أنه لو كان لرجل زوجتان وقال إنني طلقت إحداهما لم يجوز سحب القرعة لتعيين الزوجة المطلقة؟.

الجواب - إن القرعة قسمة ليست لاثبات الاستحقاق لأن الاستحقاق ثابت قبل القرعة حتى أن للقاضي الحق أن يلزم المتقاسمين بدون قرعة بقوله: إن هذه الحصة استحقاقك. أما القمار فهو مستعمل لإثبات باطل وحرام غير ثابت في الأول.

والدليل على مشروعية القرعة قوله تعالى ﴿وإنّ يونس من المرسلين إذ ألقى إلى الفلك

المشحون فساهم فكان من المدحضين﴾ وإن عبارة فساهم الواردة في الآية الكريمة هي بمعنى فقارع أهل السفينة فكان من المدحضين المغلوبين بالقرعة فألقوه في البحر فالتقمه الحوت أي ابتلعه وهو آت بما يلام عليه لذهابه إلى البحر وركوبه السفينة بلا اذن من ربه.

وخلاصة القصة هي أن النبي يونس عليه السلام غضب من قومه فخرج من بينهم وركب سفينة ملأى بالركاب وفي أثناء السير توقفت السفينة في عرض البحر ولم تسر فقال ركاب السفينة: إن عدم سير السفينة لا بد أنه ناشئ عن فرار عبد من مولاه وأنه يجب إظهار هذا العبد بالقرعة فوافق يونس على الاقتراع ولدى سحب القرعة أصابته فرمى نفسه في اليم بحكم تلك القرعة فابتلعه الحوت حين القائه بنفسه (أبو السعود).

قد ذكر بأن سحب القرعة هو لتطييب القلوب (الهداية وأبو السعود ورد المحتار) كما أنه لا يوجد في عبارة المجلة ما يفيد لزوم إجراء الاقتراع.

فتكون الحصة الأولى لصاحب الاسم الذي يخرج أولاً والسهم الثاني لصاحب الاسم الذي يخرج ثانياً والنصيب الثالث لصاحب الاسم الذي يخرج في القرعة ثالثاً. والحال أنه لا يجب سحب القرعة لمعرفة اسم الثالث لأنه متى خرج اسم شريكيه يتعين اسم الشريك الثالث. وإذا كانت الحصص أكثر من ثلاث فتجري المعاملة على هذا الترتيب أيضاً، وإيضاح هذه القرعة هو إذا خرجت أقل الحصص يكون قد خرج أكثرها أما إذا خرج الأكثر فلا يخرج الأقل فلذلك تقسم الحصص على الأقل (الأنقروي) مثلاً لو كانت قطعة أرض مشتركة بين ثلاثة وكان نصفها لواحد والثلث لآخر وسدسها لثالث فإذا لزم إجراء قسمتها فتقسم الحصص إلى ستة سهام أي يعتبر السهم الأقل فإذا خرج عند سحب القرعة اسم صاحب السدس أولاً فيأخذ السهم الأول ويكون قد أخذ تمام حصته أما إذا خرج في الأول اسم صاحب الثلث فيأخذ السهم الأول مع السهم الثاني المتصل إليه ويأخذ تمام حقه. كذلك إذا خرج في الأول اسم صاحب النصف فيأخذ السهم الأول والسهم الثاني والثالث المتصلين به ويكون قد أخذ تمام حقه وتكون حصصه مجموعة في محل واحد غير منفصلة بعضها عن بعض.

كذلك إذا كانت قطعة أرض مشتركة بين ثلاثة أشخاص وكان لأحدهم عشرة أسهم وللآخر خمسة أسهم وللثالث سهم واحد وكان صاحب الأسهم العشرة يطلب حصصه متصلة بعضها ببعض ولم يقبل بذلك صاحب السهم ولزم إجراء القرعة بينهم فتقسم تلك القطعة تسعة عشرة سهماً ويسوى ويعدل كل سهم من تلك السهام ثم تسحب القرعة فإذا خرج في الأول اسم صاحب العشرة الأسهم فيعطى له السهم الأول وتسعة أسهم متصلة به ثم تسحب القرعة على الستة الأسهم الباقية بين الشريكين فإذا خرج في الأول اسم صاحب الخمسة الأسهم فيأخذ السهم الحادي عشر والأربعة الأسهم المتصلة به ويكون السهم السادس عشر لصاحب السهم الواحد.

فإذا كان المال المراد تقسيمه ستين شاة مثلاً فيكتب القسام على الورق أن المال المشترك هو

ستون شاة ثم يقوّم الشياه ويعدل ويسوى الحصص بحسب حصص الشركاء ويلقب الحصص بالأولى والثانية الخ ثم يسحب القرعة .

(ملحق)

في حق أوصاف القاسم وشهادته

من المندوب أن يخصص مرتب من بيت المال للقاسم لأن منفعة القاسم هي المنفعة العامة كمنفعة القاضي فيقتضي أن تعود مؤونته على بيت المال المعد للمصالح العامة، فإذا لم يوجد قسام معين بمرتب من بيت المال فالقاضي يعين قساماً وتؤدى اجرته من المتقاسمين لأن منفعة القسمة خاصة بهم ويجب على القاضي تعيين اجرة القسمة حتى لا يأخذ القسام اجرة فاحشة ويضر المتقاسمين. وقد بين في شرح المادة (١١٢٢) أن الاجرة تدفع بنسبة مقدار الأنصباء (الطوري والكفاية) .

يشترط أن يكون القاسم عادلاً وأميناً وعالماً بالقسمة .

يجب أن يكون عادلاً، لأن القسمة من جنس عمل القضاء .

يجب أن يكون أميناً، لأنه يجب أن يعتمد على أقواله والأمانة شرط لاطمئنان القلوب.

يجب أن يكون عالماً بالقسمة، لأن القسمة من جنس عمل القضاء ويجب في القضاء العلم (أبو السعود) .

إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاءه حصته وشهد القاسمان على كون المنكر استوفى حقه تقبل شهادتهما ولو كان تقسيمها بالأجرة لأن هذه الشهادة هي على الإستيفاء والقبض فهي على فعل الغير ولم تكن فعل القاسمين ما لم تكن من قبيل المادة (١٧٠٤) لأن فعل هؤلاء قسمة وتمييز (أبو السعود ورد المحتار).

المادة (١١٥٢) - (إذا كانت التكاليف الأميرية لأجل محافظة النفوس فتقسم على عدد الرؤوس ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان، وإذا كانت لمحافظة الأملاك فتقسم على مقدار الملك لأن الغرم بالغنم كما ذكر في مادة ٨٧)

إذا كانت التكاليف الأميرية لأجل محافظة النفوس وتحصين الأبدان فتقسم على عدد الرؤوس أي على النفوس التي يتعرض إليها ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان ولا يعتبران مكلفين بهذا التكليف (الهندية) وعليه فالتكاليف التي تحمل على أهالي قرية لمحافظة النفوس لا

يحمل منها شيء على رجل غير ساكن في القرية المذكورة لأن بدن ذلك الرجل ليس في تلك القرية (التنقيح).

ومن التكاليف التي تفرض لمحافظة النفوس القسامة أيضاً، وذلك إذا وجب على أهالي قرية أو محلة اداء قسامة أودية فلا يدخل في القسامة والدية الصبيان والمجانين والنسوان والمعتوهون (معيار العدالة بزيادة).

كذلك لو صدر أمر سلطاني بأخذ العوارض من الرجال فقط فلا يؤخذ من النساء(الحموي).

وإذا كانت الضريبة لمحافظة الأملاك[1] فتقسم على مقدار الملك ويطرح على النسوان والصبيان حصة من التكاليف المذكورة بنسبة ملكهم (رد المحتار) سواء كان صاحب الملك مقيماً في المحل الموجود فيه الملك أو كان مقيماً في محل آخر فيجب عليه اعطاء ضريبة ملكه ولا تجب هذه الضريبة على الساكن في ذلك الملك بطريق الإيجار (البهجة) وقد ذكر في شرح المادة (٥٢٩) الحكم فيما إذا أخذت ضريبة الملك من المستأجر.

فعلى ذلك ليس لإمام قرية الامتناع عن دفع الضريبة التي تصيب أملاكه ولكن لا يجبر على اعطاء مقدار زائد عن ذلك.

وضريبة الأملاك تجب على من تدخل في ملكه تلك الأملاك فلذلك لو باع أحد أملاكه المعلومة لآخر فتجب ضريبة تلك الأملاك على المشتري (النتيجة) أما الضريبةالتي تراكمت في ذمة البائع قبل البيع للمشتري فالبائع مكلف بأدائها. كذلك إذا أوقف ملك وكان مقرراً أخذ ضريبة من الوقف فضريبة الوقف تدفع من قبل من له الغلة (الخيرية).

الخسارات البحرية:

والحكم في الخسارات البحرية هو على هذا الوجه، وهو إذا وجد في سفينة أموال ونفوس فأصابها إعصار وخيف من غرقها وتلفت الأموال والنفوس ولزم محافظة على النفوس القاء الأموال في اليم واتفق سكان السفينة على طرح الأموال المذكورة في البحر فيضمن مُلقو تلك الأموالِ الأموالَ ويقسم بدل الضمان على عدد الرؤوس (الأشباه).

كذلك إذا مرت السفينة في محل غير عميق ولم يخف من تلف النفوس إلا أنه خيف من تلف الأموال ولزم لحفظ ذات القيمة أن تلقى في البحر الأموال الثقيلة ذات القيمة القليلة وطرحت في البحر فيقسم بدل ضمان الأموال المتلفة بنسبة قيمة الأموال الباقية (هل يجب إدخال السفينة ضمن الأموال الباقية؟).

أما إذا خيف من تلف الأموال والنفوس معاً وطرحت بعض الأموال فيقسم بدل ضمان

---

(١) ضريبة المسقفات والأراضي هما من هذا القبيل.

الأموال المتلفة على عدد النفوس وعلى مقدار الأموال الباقية، إن اعتبار قيمة الأموال الباقية أمر ظاهر، أما قيمة النفوس فهل تعتبر في ذلك قيمة الدية أو يعتبر كما في حكومة العدل قيمة الصيد؟

إذا كان أحد غائباً وأذن بإلقاء ماله في البحر في حال حصول خطر كهذا فيعتبر ماله فقط ولا تعتبر نفسه أما إذا كانت نفسه وماله موجودين في السفينة فتعتبر نفسه وماله معاً كما بين آنفاً.

كذلك لو ألقى أحد ماله أثناء خطر كهذا فلا يلزم شيء.

وإذا لم يتفق سكان السفينة على القاء الأموال في البحر وألقاها أحدهم فيلزم ملقى المال ضمان قيمة ذلك المال بقيمته في ذلك الحال ولو كان ذلك المال مثلياً. أنظر شرح المادة (٩١)

ومعنى «فتقسم على مقدار الملك» أنه يدفع كل شخص ضريبة بمقدار ملكه، مثلاً لو كان عقار مشتركاً بين شركاء متعددين وكانت حصص الشركاء متفاوتة فيدفع كل شريك من الضريبة بنسبة مقدار حصته.

وقد حرر في تنقيح الحامدية من كتب الفتاوى فصل مخصوص متعلق بهذه المادة.

لأن الغرم بالغنم كما ذكر في المادة (٨٧). وهذا التعبير هو عين عبارة القاعدة الفقهية وأماالعبارة الواردة في المادة (٨٧) فهي عبارة أن المضرة مقابلة المنفعة وهي ترجمتها مآلاً.

الفصل السادس

في بيان الخيارات

قد بين أنه يوجد سبعة أنواع من الخيارات في البيوع وهي: خيار الشرط والرؤية والعيب والغبن والتغرير والوصف والنقد والتعيين. وقد بين في هذا الفصل أنه يجري في القسمة ثلاثة أنواع خيارات من الأنواع المذكورة وهي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب. كما أنه قد ذكر في المادة (١١٢٨) أنه يجري في القسمة خيار الغبن أيضاً. أما خيار النقد وخيار التعيين فلا يجريان في القسمة نظراً لتعريفهما وماهيتهما ولكن هل يجري في القسمة خيار الوصف يعني لو قسم قطيع بقر وشرط في القسمة أن بقرتين من الخمس البقرات التي خصصت بالشريك الفلاني هما حلابتان فوصفتا بوصف الحلابات ثم ظهر أن البقرتين المذكورتين غير حلابتين فهل الشريك المذكور أن يردّ البقرتين بخيار الوصف؟

ويوجد عدا هذه الخيارات خيار الاستحقاق وخيار اجارة عقد الفضولي كما ذكر في شرح كتاب البيوع. وقد ذكر في المادتين (١١٢٥ و ١١٢٦) أنه تجري في القسمة هذه الخيارات أيضاً.

والخلاصة أنه تجري في القسمة ستة أنواع من الخيارات وهي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغبن وخيار الإستحقاق وخيار إجازة عقد الفضولي.

المادة (١١٥٣) ـ (يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في تقسيم الأجناس المختلفة كما يكون في البيع، مثلاً إذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء على أن يكون لواحد كذا مقدار حنطة ولآخر كذا مقدار شعير ولآخر كذا غنماً ولآخر في مقابله كذا رأس بقر فإن شرط أحدهم الخيار إلى كذا يوماً ففي هذه المدة إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخ. وإن كان أحدهم لم ير المال المقسوم يكن مخيراً أيضاً عند الرؤية فإذا ظهرت حصة أحدهم معيبة فإن شاء قبلها وإن شاء ردها)

يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في تقسيم الأجناس المختلفة كما يكون في البيع سواء كانت الأجناس المختلفة من القيميات كتقسيم قطيع جمال وقطيع غنم متداخلة. وقد أشير إلى ذلك في الأمثلة الآتية الذكر. أنظر المواد (٣٠٠ و ٣٢٠ و ٣٣٦). لأن القسمة في هذه الأموال هي مبادلة كالبيع، فالخيارات المذكورة التي تثبت في البيع تثبت أيضاً في القسمة (الطوري وجامع الفصولين).

مثلاً إذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء بالتداخل على أن يكون لواحد كذا مقدار حنطة وللشريك الآخر كذا مقدار شعير ولآخر كذا غنماً ولآخر في مقابله كذا رأس بقر فإن شرط أحدهم الخيار إلى أيام معلومة ففي هذه المدة إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخ القسمة. وهذا المثال هو مثال لخيار الشرط، وقوله «أحدهم» ليس قيداً احترازياً لأن خيار الشرط يثبت لكل واحد من المتقاسمين. أنظر المادة (٣٠٠).

وقوله «كذا يوماً» إشارة إلى لزوم أن تكون مدة الخيار معلومة.

أما إذا ادعى من له الخيار بعد مرور مدة الخيار الفسخ في مدة الخيار فلا يصدق بلا بينة كما في البيع (تنوير الأذهان على الأشباه).

وإن كان أحدهم لم ير المال المقسوم أي لم ير قبل القسمة الحصة التي خرجت له يكن مخيراً عند رؤيتها فإن شاء فسخ القسمة وإن شاء قبل القسمة، وهذا المثال هو مثال لخيار الرؤية.

وإن يكن قد حرر في المادة (٣٢٢) من المجلة أنه ليس للبائع خيار رؤية إلا أن كل واحد من الشركاء في هذا النوع من القسمة مع كونه بائعاً قسماً من حصته لكنه مشترٍ أيضاً قسماً من حصة شريكه فيثبت خيار الرؤية له باعتباره مشترياً، وقد أشرنا إلى ذلك بعبارة «أي لم ير قبل القسمة الحصة التي خرجت له» ولم يثبت له خيار الرؤية باعتباره بائعاً فلذلك ليس له خيار رؤية عند رؤية الحصة التي خرجت لشريكه.

وإن ظهرت حصة أحدهم معيبة كلاً أو بعضاً ـ أي أطلع على عيبها ـ يكن مخيراً إن شاء قبل

حصته وإن شاء ردها، فإذا ظهرت معيبة كلاً فله ردها جميعها قبل القبض كما أنه إذا ظهر بعضها معيباً فله رد جميعها قبل القبض أو قبولها جميعاً وليس له رد المعيب وإبقاء القسم الغير المعيب، وإذا كان ذلك بعد القبض فيرد المعيب فقط إذا لم يكن ضرر في تفريقه وليس له رد الكل بدون رضاء باقي الشركاء أما إذا كان في تفريقه ضرر فيرد الكل أو يقبل الكل. أنظر المادة (١٣٥١)

والمسقط لخيار العيب في البيع مسقط أيضاً للخيار في القسمة. أنظر المادة (٣٤٤) فلذلك إذا اطلع أحد الشركاء على عيب الحيوان الذي أصابه في القسمة وهو راكب عليه فتابع السير يسقط خيار العيب. أما إذا اطلع على عيب الدار التي سكنها وتابع السكنى فيها فله ردها بالعيب القديم استحساناً (الهندية في الباب السادس في الخيار في القسمة) والفرق يفهم من المادتين (١٠٨٠ و ١٠٨١) وهو أنه ليس لأحد الشركاء ركوب الحيوان المشترك بلا اذن الشريك الآخر ولأجل حمل فعل الإنسان على الصورة المشروعة والجائزة تكون متابعة السير بمعنى استبقاء الملك. أما في الدار المشتركة فحيث لأحد الشركاء السكنى بلا إذن الشريك فمتابعة السكنى فيها بعد الإطلاع على العيب لا يكون دليلاً على الرضاء بالعيب واستبقاء الملك.

وإذا باع أحد الشركاء الحصة التي أصابته ثم ردت له بالعيب القديم فإذا كان هذا الرد وقع بحكم القاضي فللشريك فسخ القسمة بخيار العيب أما إذا قبل الرد برضائه فليس له فسخها.

إذا حدث عيب في المقسوم عند الشريك ثم ظهر عيب قديم فليس للشريك فسخ القسمة إلا أن له حق الرجوع على الشركاء الآخرين بنقصان العيب. أنظر المادة (٣٤٥). أما إذا رضي الشركاء بقبول الحصة المذكورة بعيبها الحادث وبنقص القسمة فلا يكون للشريك حق الإدعاء بنقصان العيب فاما أن يقبله ولا يطلب شيئاً من الشركاء واما أن ينقض القسمة أنظر المادة (٣٤٨).

مثلاً إذا هدم أحد الشركاء بعض مواضع الدار التي أصابته فظهر له عيب قديم فيها فالحكم على المنوال المشروح (الهندية).

وذكر المجلة عبارة «التراضي» في مثالها مبنى على عدم جريان قسمة القضاء في الأجناس المختلفة كما هو مبين في المادة « ١١٣٥».

المادة (١١٥٤) - (يكون في تقسيم القيميات المتحدة الجنس خيار شرط ورؤية وعيب، مثلاً إذا قسمت مائة شاة مشتركة بين أصحابها بنسبة حصصهم فإذا كان أحدهم شرط على أن يكون مخيراً كذا يوماً فيكون في هذه المدة مخيراً بين القبول وعدمه وإن كان لم ير الغنم بعد يكن مخيراً حين رؤيتها، وإذا ظهر عيب قديم في الغنم التي أصابت حصة أحدهم فكذلك يكون مخيراً إن شاء قبلها وإن شاء ردها)

يكون في تقسيم القيميات المتحدة الجنس خيار شرط وخيار رؤية وخيار عيب (عبد الحليم في أول القسمة) سواء كانت القسمة قسمة رضاء أو قسمة قضاء.

وقد ثبت خيار العيب في قسمة الرضاء لأن القسمة بالتراضي كالبيع فكما يثبت في البيع خيار العيب يثبت أيضاً في قسمة الرضاء. وكذلك ثبت خيار العيب في قسمة القضاء لأن القاضي قد عين الحصة المعيبة لصاحبها على أنها سالمة من العيب وبظهورها معيبة قد شرع ردها واعادتها لحصول التعديل والتسوية بين الحصص (جامع الفصولين).

أما خيار الشرط وخيار الرؤية فإذا كان تقسيم القيميات رضاء فتجري هذه الخيارات أما إذا كانت القسمة المذكورة قضاء فلا يجري خيار الرؤية وخيار الشرط لأنه إذا أراد أحد الشركاء رد المقسوم بخيار الرؤية أو بخيار الشرط فالقاضي يجبره على القسمة ثانياً فيكون الشرط بلا فائدة (عبد الحليم في أول القسمة).

مثلاً: إذا قسمت مائة شاة مشتركة بين أصحابها بنسبة حصصهم فإذا كان أحدهم أو جميعهم شرط أن يكون مخيراً كذا يوماً فيكون مخيراً في هذه المدة بين القبول وعدمه إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخها. وعلى ذلك إذا ادعى أحد الشركاء بعد مرور مدة الخيار الردّ بالخيار وادعى الآخر الاجازة فالقول لمدعي الاجازة وإذا أقام كلاهما البينة فترجح بينة مدعي الردّ (الهندية) وهذا مثال لخيار الشرط.

وإن كان لم ير الغنم يكون مخيراً حين رؤيتها إن شاء قبلها وإن شاء فسخ القسمة، والمبطل لخيار الرؤية في البيع مبطل لخيار الرؤية في القسمة. أنظر المادة (٣٥٠). وهذا مثال لخيار الرؤية

وإذا ظهر عيب قديم في الغنم التي أصابت حصة أحدهم فيكون مخيراً إن شاء قبل القسمة وإن شاء ردها، وهذا مثال على خيار العيب. فلذلك إذا ظهر بعض المقسوم الذي أصاب حصة أحد الشركاء معيباً فإذا كان ذلك قبل النقض فله رد كل المقسوم سواء كان المقسوم أشياء مختلفة الجنس كما هو في المادة الآتية. أو كانت متحدة الجنس كما هو في هذه المادة. وليس له رد المعيب وإبقاء الغير المعيب ما لم يقبل الشركاء الآخرون (حاشية جامع الفصولين). وإذا كان ذلك بعد القبض فيرد المعيب فقط إذا لم يوجد ضرر في تفريقه كأن يكون المقسوم غنماً، وليس له رد الكل ما لم يرض بذلك جميع الشركاء؛ أما إذا كان في تفريقه ضرر فله رد الكل أو قبول الكل بدون أن يطلب شيئاً من الشركاء.

والأحوال المبطلة لخيار العيب في البيع مبطلة لخيار العيب في القسمة. أنظر المادة (٣٤٤).

وإذا هلك المقسوم المعيب قبل الرد فلصاحب الحصة الرجوع على الشركاء الآخرين بنقصان العيب إذا لم يوجد أحوال تمنع من الرد بخيار العيب (حاشية جامع الفصولين). وذلك إذا اطلع أحد الشركاء على عيب قديم في البناء بعد هدمه فله الرجوع على المقسوم لهم الآخرين بنقصان العيب ما لم يقبلوا بنقض القسمة وبقبول رد البناء مهدوماً (الهندية) إذا باع أحد الشركاء حصته

لآخر بدون أن يكون عالماً بأنها معيبة ثم ردها المشتري له بالعيب المذكور فإذا قبلها بدون حكم القاضي فليس له نقض القسمة وإذا قبلها بحكم القاضي فله نقض القسمة سواء كان حكم القاضي مبنياً على البينة او على النكول عن اليمين (الهندية).

المادة (١١٥٥) ـ (لا يكون في قسمة المثليات المتحدة الجنس خيار الشرط والرؤية ولكن يكون فيها خيار العيب، مثلاً إذا قسمت صبرة حنطة مشتركة بين اثنين على أن الخيار إلى كذا يوماً فلا يكون الشرط معتبراً وإذا لم ير أحد الشريكين الحنطة فلا يكون مخيراً عند رؤيتها. أما إذا أعطى أحدهما من وجه الصبرة والآخر من أسفلها فظهر أسفلها معيباً فيكون صاحبه مخيراً إن شاء قبل وإن شاء ردّ)

لا يكون في قسمة المثليات المتحدة الجنس خيار الشرط وخيار الرؤية (عبد الحليم في أول القسمة) مع أنه يجري في اشتراء المثليات خيار الشرط وخيار الرؤية ولا يجريان في التقسيم. ووجه ذلك أن هذين الخيارين جاريان في المعاوضات وبما أن جهة الإفراز غالبة في المثليات فلذلك يكون كل واحد من الشركاء قد أخذ عين حصته صورة ومعنى وعليه فلا يجري الخياران المذكوران فيها.

مثلاً إذا قسمت صبرة حنطة مشتركة بين اثنين على أن الخيار إلى كذا يوماً لا يكون الشرط معتبراً وإذا لم ير أحد الشريكين الحنطة فلا يكون له الخيار عند رؤيتها كما أنه إذا لم يرها كلا الشريكين فلا يكون لهما خيار. أما إذا أعطى أحد الشريكين من وجه الصبرة المذكورة وأعطى الآخر من أسفلها فظهر أسفلها معيباً فيكون صاحب الحصة مخيراً إن شاء قبل وإن شاء ردّ (الهندية) وإذا ردها يقتضي إجراء التقسيم ثانياً بتوزيع القسم المعيب على كلا الشريكين.

ومعنى قوله: إذا أعطى أحدهما من وجه الصبرة، هو أن يجري التقسيم بأن يعطى أحدهما من وجه الصبرة مائة كيلة وأن يعطى الآخر مائة كيلة من أسفلها وأن يكون الذي أخذ من أسفلها لم ير أنها معفنة ومعيبة وليس معناه اجراء التقسيم مجازفة لأن التقسيم مجازفة على هذا الوجه غير جائز كما ذكر في شرح المادة (١١٢٤).

الفصل السابع
في بيان فسخ وإقالة القسمة

المادة (١١٥٦) - (تتم القسمة بإجراء الاقتراع كاملاً)

تتم القسمة بأحد أمور أربعة وهي :

أولاً - تتم القسمة بإجراء الاقتراع كاملاً وبذلك يصبح الشركاء مالكين للحصص التي أصابتهم ولا تتم القسمة بمجرد تعديل الحصص وتسويتها وافرازها. وإجراء الإقتراع كاملاً يحصل ببقاء قرعة واحدة وذلك إذا كان الشركاء ثلاثة فتكون القرعة ثلاثاً فإذا اقترع الأول والثاني فيكون قد تم الاقتراع وتمت القسمة إذ يكون قد تعين صاحب السهم الثالث ولا يحتاج لتمام القسمة اجراء الاقتراع له.

ثانياً - تتم القسمة بحكم القاضي ويثبت الملك في المقسوم؛ يعني إذا سوى القاضي الحصص بكمال العدل وألزم كل شريك بحصة تتم القسمة ويثبت المقسوم.

ثالثاً - إذا وكل جميع الشركاء رجلاً وألزم ذلك الوكيل كل شريك بحصة تتم القسمة. يعني إذا جرى تعديل الحصص وتسويتها ثم عين الشركاء وكيلاً ليلزم كل شريك بحصة مفرزة وألزم الوكيل كل شريك بذلك يثبت الملك في المقسوم.

رابعاً - يثبت الملك بالقبض في المقسوم. يعني إذا عدلت جميع جميع الحصص وسويت وقبض كل شريك حصته من المقسوم يثبت الملك وتتم القسمة (الهندية بإيضاح).

وكما أن القبض في القسمة الصحيحة يفيد الملك فالقبض في القسمة الفاسدة يفيد الملك أيضاً. وذلك إذا جرى التقسيم بشرط إعطاء هبة أو صدقة أو بشرط بيع المقسوم أو غير المقسوم فالقسمة فاسدة، ولكن إذا تصرف القابض بها فهو جائز ويضمن بدله كالمقبوض بالشراء الفاسد لأنه يفيد الملك كما مرّ (رد المحتار).

المادة (١١٥٧) - (لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها).

أي بعد تمامها على الوجه الآنف الذكر، أي ليس للمقسوم له أن يرجع عن القسمة، كما أنه ليس لورثته بعد وفاته الرجوع عنها (علي أفندي).

لا يجوز الرجوع عن القسمة الصحيحة والتامة التي جرت على الوجه السالف الذكر، أما القسمة الغير الصحيحة فيجوز الرجوع عنها، وذلك إذا اقتسم الموقوف عليهم برضائهم الأراضي

الموقوفة وطلب أحدهم بعد مرور بضع سنين ابطال القسمة فالطلب المذكور صحيح ومشروع لأن تقسيم الأراضي الموقوفة بين الموقوف عليهم غير صحيح عند الجميع (رد المحتار) كذلك إذا كانت الدار الوقف المشروطة توليتها وسكناها لأولاد الواقف قابلة للقسمة فاقتسمها ولدان من أولاد الواقف فلأحدهما نقض القسمة المذكورة في أي وقت أراد (البهجة).

المادة (١١٥٨) - (إذا جرى الاقتراع أثناء القسمة على أكثر الحصص مثلاً وبقيت واحدة منها وأراد أحد الشركاء الرجوع ينظر فإذا كانت قسمة رضاء فله الرجوع وإذا كانت قسمة قضاء فلا رجوع).

إذا جرى الاقتراع أثناء القسمة على أكثر الحصص مثلاً وبقيت واحدة منها فقط، والصواب اثنتان منها، وأراد أحد الشركاء الرجوع ينظر، فإذا كانت القسمة قسمة رضاء فله الرجوع وإذا كانت قسمة قضاء فليس له الرجوع، يعني إذا سحبت أثناء القسمة بعض القرع وبقي بعضها وأراد أحد الشركاء الرجوع ينظر فإذا كانت قسمة رضاء فله الرجوع لأن القسمة المذكورة مبنية على رضاء جميع الشركاء فإذا بقيت قرعتان أو أكثر بدون سحب فلا تتم القسمة بسحب بعض القرع فلذلك لكل شريك حق في الرجوع سواء كان الراجع الشريك الذي سحبت قرعته أو غيره ما لم تسحب جميع القرع وتبقى واحدة منها ففي تلك الحال لا يجوز الرجوع لأنه إذا كان الشريك الذي لم تسحب قرعته واحداً فتكون قد تعينت حصته بدون سحب قرعته وتكون قد تمت القسمة فلا يجوز الرجوع عنها حسب المادة الآنفة.

مثلاً إذا كانت عرصة مشتركة بين خمسة شركاء بحصص متساوية قسمت رضاء إلى خمسة أقسام وجرت تسويتها ثم سحبت القرعة فإذا سحبت قرعة واحدة فيجوز الرجوع عن القسمة كما جاز الرجوع عنها قبل سحب القرعة .

كذلك يجوز الرجوع عن القسمة إذا سحبت قرعتان أو ثلاث منها أما إذا سحبت أربع قرع وبقيت قرعة واحدة فتكون قد تمت القسمة ولا يجوز الرجوع وأما إذا كانت القسمة قسمة قضاء فلا يجوز الرجوع أي لا يجوز الرجوع قبل حصول الإقتراع أو بعد حصول الاقتراع في بعض الحصص وبقاء قرعتين أو أكثر لأن للقاضي إجبار الشريك الممتنع عن القسمة على القسمة وله الإجبار على تقسيم الملك المشترك الذي لم يباشر تقسيمه ولذلك فهو مقتدر على إجبار الشريك الذي يرجع عن القسمة على القسمة فلا يكون فائدة من الرجوع (بيرى زاده في أول القسمة ورد المحتار والهندية).

المادة (١١٥٩) - (لجميع الشركاء بعد القسمة فسخ القسمة وإقالتها برضائهم وجعل المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق)

يجوز إقالة القسمة فلذلك إذا قسم الشركاء مالاً قيمياً سواء كان التقسيم رضاء أو قضاء

فلجميع الشركاء فسخ وإقالة القسمة برضائهم وجعل المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق لأنه يوجد في القسمة معنى المبادلة فلذلك جاز الفسخ والأقالة فيها كما جازت الإقالة في البيع. أنظر المادة (١٩٠) (علي أفندي).

مثلاً إذا اقتسم الورثة التركة بالرضاء على موجب الفريضة الشرعية فلهم جميعاً بعد الاقتسام فسخ وإبطال القسمة وأن يجعلوا الأراضي والدور المقسومة مشاعاً مشتركة بينهم كما في السابق (الهندية).

قد جازت إقالة القسمة الواقعة في الأموال القيمية على الوجه المشروح. أما إذا كانت القسمة في المثليات فالظاهر أنه لا يجوز نقض القسمة فيها بمجرد تراضي المتقاسمين حيث ان جهة الإفراز راجحة في المثليات فالقسمة فيها ليست بعقد مبادلة. أما إذا خلط الشركاء المثليات التي اقتسموها فتتجدد بينهم شركة أخرى. أنظر المادة (١٠٦٠).

المادة (١١٦٠) - (إذا تبين الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم ثانية قسمة عادلة)

إذا تبين الغبن الفاحش في القسمة أي إذا قدرت قيمة لحصة أحد الشركاء ألف درهم فتبين بالبينة أو بالإقرار أو بالنكول عن اليمين أن قيمتها خمسمائة درهم تفسخ القسمة وتقسم ثانية قسمة عادلة حيث يشترط في القسمة أن تكون عادلة كما ذكر في المادة (١١٢٧).

إن هذه المادة هي فرع للمادة (١١٢٧) المارة الذكر فكان من المناسب إيرادها تعريفاً لها.

قد أشير آنفاً بأن تبيّن الغبن الفاحش يحصل بأوجه ثلاثة أي بالبينة والإقرار والنكول عن اليمين، وبما أن أحكام ذلك مختلفة فيوضح كل واحد منها على الوجه الآتي:
إذا ثبت الغبن الفاحش بالبينة تفسخ القسمة وتقسم ثانية قسمة عادلة. أنظر المادة (٧٥)

وإذا ثبت الغبن الفاحش بالإقرار فينظر. أما أن يكون قد أقر جميع الشركاء المتقاسمين أي بناء عن دعوى أحد المقسوم لهم الغبن الفاحش يقر جميع باقي المتقاسمين بذلك ففي هذا الحال تفسخ القسمة وتقسم ثانية قسمة عادلة حيث أنه يلزم المرء بإقراره حسب المادتين (٧٩ و١٥٨٧).

وأما أن يقر بعضهم وينكر البعض ويحلف اليمين وذلك إذا كان المقسوم لهم خمسة أشخاص مثلاً وادعى أحدهم الغبن الفاحش وأقر اثنان من المدعى عليهم بذلك وأنكر إثنان منهم وحلفا اليمين فتجمع حصة المدعى مع حصص المقِرّينْ وتقسم مجموع الحصص الثلاث ثانية قسمة عادلة إلى ثلاثة أقسام ولا يتعرض للحصتين الباقيتين لأن الإقرار حجة قاصرة حسب المادة (٧٨).

وإذا ثبت الغبن الفاحش بالنكول ينظر أيضاً. أما أن يكون جميعهم ناكلين وفي هذا الحال تفسخ القسمة وتقسم ثانية قسمة عادلة وأما أن ينكل بعضهم أو يحلف بعضهم وذلك إذا كان

المقسوم لهم خمسة أشخاص وادعى أحدهم الغبن الفاحش وكلف الأربعة الشركاء لحلف اليمين فنكل أحدهم عن الحلف وحلف الباقون فتجمع حصة الناكل مع حصة المدعى وتقسم ثانية قسمة عادلة أما حصص المدعى عليهم الثلاث فتبقى في يدهم كما كانت لحلف أصحابها اليمين.

وتقام غير دعوى الغبن الفاحش دعوى الغلط ودعوى تسليم الحصة ودعوى الحدود فلذلك وجب إيضاحها:

دعوى الغلط. قد ذكر شرحاً في المادة (١١٢٧) الآنفة الذكر أنه إذا ثبتت دعوى الغلط في المقدار الواجب بالقسمة فتفسخ القسمة في الأشياء المتفاوتة أي في القيميات كالبقر والغنم وتقسم ثانية ولا يقسم الباقي فقط (الطوري).

مثلاً إذا إدعى أحد المتقاسمين على الآخر قائلاً: إننا قد اقتسمنا المائة الشاة المشتركة بيننا مناصفة وقد أخذت سهواً خمساً وخمسين شاة منها وبقي لي منها خمس وأربعون شاة فقط فأطلب اعطائي الخمس الشياه، وأجاب المدعى عليه قائلاً: إنني لم آخذ سهواً بل إنني أخذت ذلك بموجب التقسيم حيث أن قيمتها أقل من الأخرى فجميعها لي ولم يثبت أحدهما مدعاه فإذا كان المال المقسوم موجوداً يجري التحالف بينهما حيث أن القسمة بمعنى البيع. أنظر المادة (١٧٧٨).

كذلك لو قسم القسام داراً وأعطى لأحد المقسوم لهم سهواً مقداراً أكثر من حقه وأنشأ المقسوم له بناء في تلك الحصة فتفسخ القسمة وتقسم ثانية وفي هذا الحال إذا وقع البناء في قسم الآخر يهدم ولا يرجع على القاسم بالقيمة لأنه للمقسوم لهم استرداد الأجرة من القسام التي دفعوها له على القسمة المفسوخة. أما إذا إدعىٰ وجود الغلط في تقسيم المكيلات والموزونات وثبت ذلك فلا يوجب فسخ القسمة بل يقسم المقدار الباقي بموجب حصص الشركاء حيث لا يوجد ضرر في تقسيم الباقي (الهندية والطوري).

دعوى تسليم الحصة، إذا ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة قائلاً: إن هذه الحصة هي حصتي بموجب القسمة ولم تسلم لي وكذّبه الآخر في دعواه فتسمع هذه الدعوى إذا لم يكن المدعى قد أقر باستيفاء حقه. أنظر المادة (١١٢٧) وأي منهما يقيم البينة تقبل منه فإذا أقامها كلاهما فترجح بينة الطرف الأكثر من جهة الإثبات. أنظر المادة (١٧٦٢) وإذا لم يقم أحدهما البينة يجري التحالف وتفسخ القسمة ويعاد المقسوم مشتركاً بينهما كما في الأول لأن الاختلاف في الحصة الحاصلة بالقسمة هو نظير للإختلاف الواقع في المبيع وفي الثمن وللقاضي في التحالف توجيه اليمين أولاً للطرف الذي يريده وثانياً للطرف الآخر[1] وإذا فسخت القسمة على هذا الوجه فيقسم المال المشترك ثانية بالطلب إذا كان قابلاً للقسمة.

---

(١) ولقائل أن يقول التحالف في البيع فيها إذا كان قبل القبض على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ولا يمكن الحاقه بطريق دلالة النص لأن القسمة ليست في معنى البيع في كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معاً. فليتأمل في الجواب.

إذا شهد في مثل هذه الدعاوى قسّامان فتقبل شهادتهما كما بين في شرح المادة (١١٥١) ولا تكون هذه الشهادة من قبيل المادة (١٧٠٤) (الهندية) كما أنه إذا شهد قسام وشاهد آخر فتقبل الشهادة أيضاً ولكن لا تقبل شهادة قسام واحد. أنظر المادة (١٦٨٥).

المادة (١١٦١) ـ (إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبرأهم الدائنون منه أو كان للميت مال آخر غير المقسوم وأوفى الدين منه فعند ذلك لا تفسخ القسمة)

الدين مقدم عن الإرث.

فعليه إذا كان الدين محيطاً بالتركة فلذلك يمنع الورثة من تملك التركة أما إذا كان غير محيط أي كانت التركة أزيد من الدين فيمنع تصرف الورثة بالتركة (أبو السعود والطورى).

فلذلك إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة بين الورثة بحسب حصصهم الإرثية تفسخ القسمة وتعبير «دين» ليس احترازياً، لأن تقسيم التركة يفسخ لأسباب ثلاثة وهي:

١ ـ ظهور دين على التركة.
٢ ـ ظهور موصى له.
٣ ـ ظهور وارث آخر.

إيضاح ظهور الدين: فلذلك للقاضي أن يسأل الورثة أولاً أي قبل تقسيم التركة عن وجود دين على التركة من عدمه فإذا أجابوا بعدم وجود الدين فبما أن القول قولهم فيقسم التركة في ذلك الوقت لأن الأصل براءة الذمة حسب المادة الثامنة، أما إذا أجاب الورثة بوجود الدين فإذا كان الدين محيطاً بالتركة فلا يقسم القاضي التركة مطلقاً لأن الورثة كما بين آنفاً ليسوا مالكين للتركة. أنظر المادة (١١٢٥) أما إذا كان الدين غير محيط بالتركة فلقاضي استحساناً إفراز مقدار الدين وتقسيم الباقي لأن التركة الغير المستغرقة بالدين هي ملك للورثة إلا أنه يقتضي لعدم نقض القسمة إفراز مال بمقدار الدين وتقسيم الباقي (الطورى). أما إذا تلف المقدار المفرز للدين قبل وصوله إلى يد الدائن فتفسخ القسمة أيضاً (علي أفندي والأنقروي).

وتعبير الدين للاحتراز من الكفالة بالدرك التي لم تنقلب ثمة إلى الدين وذلك إذا كفل أحد كفالة بالدرك ثم توفي فتقسم أمواله المتروكة بين الورثة ولا تمنع الكفالة بالدرك من التقسيم لأنه لا اعتبار للتوهم حسب المادة (٧٤) أما إذا لحق الميت الدرك بعد القسمة فتنقض القسمة إذ يكون الدين في هذه الحالة كالدين المقارن للموت.

ويفهم من ذكر الدين في هذه المادة بصورة مطلقة أنه لا فرق بين أن يكون الدين للوارث أو للأجنبي وذلك إذا ادعت زوجة المتوفي بصداقها بعد تقسيم التركة فتسمع دعواها حيث ان السكوت وقت التقسيم لا يتضمن الإبراء لأن القسمة صورة حق الدائن ومعنى هي مالية التركة

ولذا كان لهم أن يقضوا الغريم وأن يستقلوا بها والصورة غير المغْنى (عبد الحليم).

سؤال ـ وإن يكن أن دعوى الزوجة الدين بعد القسمة غير باطلة من جهة التناقض إلا أنه إذا استمعت الدعوى المذكورة فيوجب ذلك نقض القسمة بعد ثبوتها وهذا هو بمعنى السعي لنقض ما تم من جهتها فيجب أن يكون باطلاً؟.

الجواب ـ يفهم إذا ثبت الدين بالبينة أن القسمة غير تامة فلذلك لا يكون هذا الادعاء متضمناً السعي لنقض ما تم من جهتها (العيني والهداية).

أما إدعاء الوارث العين بعد القسمة فغير صحيح وذلك إذا ادعى أحد الورثة بعد تقسيم التركة عيناً من التركة فلا يقبل إدعاؤه سواء كان إدعاؤه بسبب الشراء أو الهبة أو بسبب آخر لأن الإقدام على القسمة تصديق وإقرار بالاشتراك إلا إذا ادعى قائلاً: إن أبي وهبني هذه العين حال صغري وكنت أجهل ذلك وقت التقسيم فتسمع الدعوى في تلك الحال (رد المحتار). أنظر المادة (١٦٥٦).

وفسخ هذه القسمة مطلق يعني ولو رضي الدائن بتقسيم التركة قبل قضاء الدين فله بعد ذلك طلب فسخ القسمة. كذلك لو كفل بعض الورثة دين المتوفي بأمر الدائن ورضائه فللدائن أيضاً أن يطلب فسخ القسمة ما لم يشرط في هذه الكفالة براءة الأصيل ففي تلك الحال ليس للدائن فسخ القسمة حيث ان الكفالة في هذا الحال هي حوالة وينتقل الدين إلى ذمة الكفيل وتبرأ التركة من الدين. أنظر المادة (٦٤٨).

كل تركة فيها دين فالحيلة في تقسيمها هو ذلك (رد المحتار).

وإذا ظهر دين على التركة على هذا الوجه بعد تقسيم التركة فإذا ظفر الدائن بجميع الورثة في حضور القاضي فيأخذ من كل منهم حصته من الدين أما إذا ظفر بأحدهم فيأخذ منه مقداراً كافياً لدينه من المال الذي في يده (الأنقروي) وللوارث بعد ذلك الرجوع على الورثة الآخرين.

إلا إذا أدى الورثة الدين أو أبرأهم الدائنون من الدين أو كان للميت مال آخر غير المقسوم أي أن يكون قد أفرز حين القسمة مقدار كاف لإيفاء الدين يوفى الدين منه ففي تلك الحال لا تفسخ القسمة لأن المانع قد زال. أنظر المادة (٢٣).

قد بين في شرح المادة (٧٤٧) أنه يجوز للدائن أن يهب دينه من المتوفي للمتوفي أو لورثته

وفي هذه الفقرة يوجد ثلاث صور لعدم فسخ القسمة، وبما أن كل واحدة منها محتاجة للتفصيل فنوضحها على الوجه الآتي:

١ ـ أن يوفي الورثة الدين وهو أنه إذا ظهر بعد القسمة دين على المتوفي سواء كان الدين المذكور محيطاً بالتركة أو غير محيط فيكلف الورثة باداء الدين المذكور فإذا أدوا الدين فالقسمة صحيحة. أنظر المادة (٢٤): وفي هذا الحال إذا أدى أحد الورثة الدين ينظر: فإذا أداه على أن

لا يرجع على التركة فتبقى القسمة صحيحة وإذا أداه على شرط الرجوع على التركة فيكون الوارث المؤدى للدين قائماً مقام الدائن فإذا أدى الورثة الآخرون الدين من مالهم لهذا الوارث فتبقى القسمة تامة وإلا ترد القسمة وتفسخ. كذلك لو امتنع الورثة عن اداء الدين تفسخ القسمة (الأنقروي).

٢ ـ أن يبرىء الدائنون الورثة من الدين فإذا أبرأ الدائنون الورثة من الدين فالإبراء صحيح حسب المادة (٨٤٧) سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن ولا تفسخ القسمة بعد، أنظر المادة (٢٤).

٣ ـ أن يظهر مال آخر للميت، ففي هذه الصورة إذا كان الدين غير محيط بالتركة وأوفى الدين من ذلك المال فلا يبقى حاجة لفسخ القسمة وتصح القسمة (الدرر).

إيضاح ظهور الوصية، وتعبير «الدين» في هذه المادة غير احترازي فلذلك إذا ظهر موصى له بعد تقسيم التركة فتفسخ القسمة أيضاً وعليه فللقاضي عند تقسيم التركة أن يسأل هل يوجد في التركة وصية فإذا وجدت وصية يسأل هل هي وصية بالعين أو وصية مرسلة فإذا بين الورثة عدم وجود وصية فيقسم القاضي التركة. أما إذا ظهر بعد القسمة أن الموصي قد أوصى بألف مرسلة فيجب فسخ القسمة ما لم يؤد الورثة الموصى به للموصى له ففي تلك الحالة تفسخ القسمة لأن حق الموصى له يتعلق بالمالية فقط ولا يتعلق بعين التركة.

كذلك إذا ظهر الموصى له بجزء شائع من التركة كثلثها أو ربعها فتفسخ القسمة أيضاً. وفي هذا الحال ليس للورثة أن يقولوا: إننا نؤدي الموصى به ولا نفسخ القسمة لأن حق الموصى له في جزء شائع وحق في عين التركة. وقول الورثة: إننا نؤدي الموصى به معناه إننا نشتري حق الموصى له وليس لهم ما لم يرض الموصى له (تنوير الأذهان وشرح الأشباه في القسمة ورد المحتار).

أما إذا رضي الموصى له فتجوز هذه المعاملة.

إيضاح ظهور وارث آخر، إذا ظهر بعد تقسيم التركة وارث لم يدخل في القسمة ولم تفرز حصته فتفسخ القسمة وليس للورثة في هذا الحال أن يقولوا: إننا نعطي حصة الوارث الظاهر ولا نفسخ القسمة لأن حق الوارث الظاهر يتعلق في عين التركة ولا يجوز نقل حقه إلى مال آخر إلا برضائه وعليه فإذا رضي الوارث الظاهر بذلك صح.

أما إذا قسمت التركة قضاء من طرف القاضي وأفرزت حصة هذا الوارث ثم حضر الوارث المذكور فليس له طلب نقض القسمة بسبب جريان التقسيم في غيبته. أنظر شرح المادة (١١٢٩) والحكم كذلك في الموصى له (رد المحتار).

الفصل الثامن

في بيان أحكام القسمة وفيها يدخل في القسمة وما لا يدخل

المادة (١١٦٢) ـ (يملك كل واحد من أصحاب الحصص حصته مستقلاً بعد القسمة ولا يبقى علاقة لأحدهم في حصة الآخر بعد. ويتصرف كل واحد منهم في حصته كيفما يشاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث فلذلك لو قسمت دار مشتركة بين اثنين فأصاب حصة أحدهما البناء وحصة الآخر العرصة الخالية فلصاحب العرصة أن يحفر بئراً وأقنية وأن ينشئ أبنية فيها ويعليها إلى حيث شاء وليس لصاحب الأبنية منعه ولو سدّ عليه الهواء والشمس)

يملك كل واحد من أصحاب الحصص حصته مستقلاً بعد القسمة وينقطع حق اشتراك الآخر فيها. وقد بين في شرح المادة (١١٥٦) كيفية حصول الملكية في القسمة وكما أن القسمة صحيحة تفيد الملكية فالقسمة تفيد الملك بعد القبض، وحكم هذه الفقرة يستفاد من المادة (١١٥٦) وشرحها. ولا تبقى علاقة لأحدهم في الأكثر في حصة الآخر بعد، وقد قيل في الأكثر حيث قد ذكر في المادة (١١٥٦) وشرحها وكما سيذكر في المادة (١١٦٦) أنه يجوز أن يبقى حق لحصة في الحصة الأخرى، ولكل واحد منهم أن يتصرف في حصته كيفما يشاء كما بين في الباب الثالث الذي يبتدىء من المادة (١١٩٢) أي يقتدر على التصرف على هذا الوجه.

قيل في هذه الفقرة «على الوجه المبين في الباب الثالث» وبه يشار أنه يمنع من التصرف إذا وجد ضرر فاحش كما فصل في الباب الثالث المذكور.

وفي كيفية تصرف الإنسان في ملكه ثلاثة أقوال:

١ ـ قول الإمام الأعظم: وعلى هذا القول لا يمنع أحد من التصرف في ملكه سواء كان تصرفه مضراً أو غير مضر.

٢ ـ قول الإمام أبي يوسف: وعلى هذا القول إذا كان التصرف المذكور مضراً بالغير يمنع.

٣ ـ قول مشايخ الإسلام الذين عاصروا الدولة العثمانية: وعلى هذا القول إذا كان الضرر بيناً يمنع وإلا فلا يمنع. وقد أفتى بذلك ابتداء من عهد شيخ الإسلام أبي السعود إلى الآن. وبهذا الإفتاء قد اختير رأي متوسط بين رأي المجتهدين المشار إليهم يعني أنهم قد عملوا في الضرر البين

بقول الإمام أبي يوسف وفي الضرر الغير البين بقول الإمام الأعظم. وقد اختارت المجلة هذا القول الثالث كما ذكر في شرح المادة (١١٩٧).

فلذلك إذا قسمت دار مشتركة بين اثنين مشتملة على أبنية وعلى عرصة خالية وأصاب حصة أحدهما البناء وحصة الآخر العرصة الخالية أي الخالية من البناء فلصاحب العرصة أن يتصرف في تلك العرصة كيفما يشاء أي أن يحفر بئراً وأن يعمل حماماً وأقنية وأن يقيم فيها جداراً وأن ينشئ أبنية وأن يعليها إلى حيث يشاء وليس لصاحب الأبنية منع صاحب العرصة الخالية ولو سد عليه الهواء او الشمس بسبب إعلاء أبنيته (الأنقروي في مسائل الحيطان) لأنه لو منع المالك من التصرف في ملكه بحجة هذا الضرر يستوجب ذلك أن يتصرف أي مالك في ملكه. كذلك لو كان لأحد شجرة في ملكه يستفيد جاره من ظلها وأراد صاحبها قطعها فليس لجاره أن يمنعه من قطعها بداعي تضرّره من حرمانه من ظلها.

وكذلك لصاحب الأبنية أن يتصرف في أبنية كيفما يشاء وأن يفتح نافذة في جداره وليس لصاحب العرصة أن يمنعه من ذلك بداعي أن النافذة مطلة على عرصته لأن صاحب البناء يتصرف في ملكه ولم يتلف ملك الغير وهو مقتدر على إزالة الجدار بالمرة فبالأولى أن يكون مقتدراً على فتح نافذة في جداره. أما إذا كانت النافذة مطلة على مقر النسوان فيمنع سواء كان لصاحب النافذة عرصة بينه وبين جاره أو لم يكن (الأنقروي في مسائل الحيطان) وقد بين ذلك في المواد (١٢٠٠ و ١٢٠١ و ١٢٠٢). (جامع الفصولين).

ولصاحب العرصة أن يبنى جداراً وأن يسد الجهة المذكورة أي يسد النافذة وليس لصاحب البناء منعه ولكن يجب عليه أن لا يؤذي جاره بإلزامه لإنشاء حائط لسد النافذة التي أنشأها، فقد روى في الحديث الشريف «من آذى جاره أورثه الله داره» وقد جرب هذا الحديث وثبت صحة مضمونه (الحموي).

المادة (١١٦٣) - (تدخل الأشجار من غير ذكر في قسمة الأراضي، وكذا الأشجار مع الأبنية في تقسيم المزرعة[1] يعني في أي حصة وجدت الأشجار والأبنية تكون لصاحب الحصة ولا حاجة لذكرها والتصريح عنها حين القسمة أو ادخالها بتعبير عام كالقول بجميع مرافقها أو بجميع حقوقها)

. تدخل الأشجار من غير ذكر في قسمة الأراضي المشجرة المغروسة في الأرض المقسومة وكذا الأشجار مع الأبنية في تقسيم المزرعة. وقد ذكر في المادة (٢٣٢) أن ذلك يدخل في البيع من غير ذكر أيضاً .

والمراد من الأشجار المغروسة. أما الأشجار المقلوعة فهي عبارة عن حطب وأخشاب فلا تدخل في القسمة.

(١) وفي الأصل التركي «جفتلك» المزرعة أو العزبة (المعرّب)

وتفسر المجلة عبارة «من غير ذكر» بقولها يعني في أي حصة وجدت الأشجار والأبنية تكون ملكاً لصاحب الحصة كما تكون الحصة ملكه ولا تبقى تلك الأشجار والأبنية مشتركة بينهم كالسابق ولا حاجة لذكرها والتصريح عن ذلك عند التقسيم بأن يقال مثلاً: إن الأشجار والأبنية تكون ملكاً لمن تصيب حصته الأراضي، أو أن يقال: إن هذه الأراضي بجميع حقوقها ومرافقها تكون ملكاً لمن تصيب حصته باستعمال تعبير عام (الأنقروي).

ويتفرع على دخول الأبنية والأشجار في القسمة تبعاً المسألة الآتية الذكر وهي: لو اقتسم أحد مع آخر داراً أو أرضاً ثم ادعى أحدهما بأنه بنى الدار أو غرس الأشجار المذكورة وادعى الأبنية والأشجار فلا تسمع دعواه لأنها قد دخلت في القسمة تبعاً ولا تسمع دعوى عين المقسوم بعد القسمة. أنظر المادة (١٦٥٦). أما إذا كان الأمر بالعكس فالحكم بخلافه أي لا تدخل الأرض في تقسيم الأشجار والبناء، فلذلك إذا ادعى أحد المقسوم لهم بعد تقسيم الأشجار والأبنية الأرض التي في حصة الآخر قائلاً: انها أرضي فتسمع دعواه لأنه يجوز أن تكون الأشجار والبناء مشتركة وأن تكون الأرض غير مشتركة. كذلك إذا ادعى أحد من آخر شجرة وادعى المدعى عليه أن المدعي قد ساومه على ثمر تلك الشجرة فلا يكون هذا الإدعاء دفعاً للدعوى لأنه من الجائز أن تكون الشجرة للمدعي والثمرة لخلافه (رد المحتار). أنظر المادة (٢٠٦)

المادة (١١٦٤) - (لا يدخل الزرع والفاكهة في تقسيم الأراضي والمزرعة ما لم يذكر ويصرح بذلك ويبقيان مشتركين كما كانا سواء ذكر تعبير عام حين القسمة كقولهم: بجميع حقوقها أو لم يذكر)

لا يدخل الزرع المزروع في الأراضي المقسومة والفاكهة الموجودة على الأشجار المغروسة في الأراضي المقسومة حين التقسيم ما لم يذكر ويصرح بذلك ويبقيان مشتركين كما كانا سواء ذكر تعبير عام حين قسمة الأراضي والمزرعة كقولهم: بجميع حقوقها أو بجميع مرافقها أو لم يذكر أي لا يدخلان في القسمة في الصورتين (الأنقروي). أما إذا ذكر وصرح بدخولهما في القسمة فيدخلان كما انهما يدخلان في القسمة إذا قيل: كل شيء قليل أو كثير فيها أو منها كما يدخلان في البيع أيضاً. أنظر المادة (٢٣٢). أما إذا قيل مع كل شيء من حقوقها التي فيها والتي منها فلا يدخل الزرع والثمر في ذلك (الطوري والهندية) لأنه إذا ضم التعميم المذكور لفظ من حقوقها فالتعميم المذكور يتخصص ويكون مقصوراً على الحقوق فقط.

وكذلك لا تدخل الأمتعة الموضوعة في القسمة المذكورة وذلك إذا كان الزرع غير مزروع بل كان محصوداً وموضوعاً في البيدر وكان الثمر مقطوفاً وموضوعاً في الأرض المقسومة فلا يدخل في تقسيم الأرض سواء قيل: بجميع حقوقها أو بجميع مرافقها أو لم يقل وسواء ذكرت عبارة كل شيء قليل أو كثير فيها أو منها أو لم يذكر.

المادة (١١٦٥) - (يدخل في القسمة حق الطريق والمسيل في الأرض المجاورة للمقسوم في كل حال يعني في أي حصة وقع يكون من حقوق صاحبها سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها أو لم يقل)

يدخل في القسمة حق الطريق والمسيل في الأراضي المجاورة للمقسوم أي الحصة المفرزة من المال المقسوم، والمقصود من الأراضي المجاورة هي المجاورة للمقسوم والواقعة في أراضي غير المقسوم ولو لم يذكر ويصرح والحكم في البيع على هذا الوجه كما بين في المادة (٢٣٢).

والمراد من الأراضي المجاورة هي الأراضي المجاورة للمقسوم من غير المال المقسوم وقد احترز بقول الأراضي المجاورة من طريق حصة في حصة أخرى لأن حكم ذلك سيأتي في المادة (١١٦٧).

مثلاً لو كان لدائرة الحريم من دار كبيرة طريق من الطريق العام ولدائرة الضيوف منها ممر وحق طريق من عرصة زيد ثم قسمت هذه الدار فخرجت دائرة الحريم حصة أحد الشريكين ودائرة الضيوف حصة الشريك الآخر فيكون حق الطريق من عرصة زيد للشريك الذي أخذ حصة دائرة الضيوف ولا يكون حق الطريق خارجاً عن القسمة ومشتركاً بين الشريكين كالأول.

وعبارة «في كل حال» الواردة في هذه الفقرة هي للتعميم وقد ذكر معنى التعميم في آخر الفقرة الآتية، يعني في أي حصة وقع حق طريق وحق مسيل المقسوم في الأراضي المجاورة يكون من حقوق ذلك الشريك وملكاً له سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها أو جميع مرافقها أو لم يقل (الذخيرة في الباب الثاني من القسمة) وسواء كان للمقسوم طريق آخر أو لم يكن.

المادة (١١٦٦) - (إذا شرط حين القسمة أن تكون طريق حصة أو مسيلها في حصة أخرى فيعتبر ذلك الشرط)

سواء كان ممكناً صرفه وتحويله إلى طرف آخر أو لم يكن يعني يكون الطريق أو المسيل المذكور حقاً للمشروط له (أبو السعود) لأنه حسب المادة (٨٣) يجب مراعاة الشرط بقدر الإمكان ولا يلزم من أجل ذلك فسخ القسمة كما في المادة الآتية بل تبقى تلك الطريق وذلك المسيل على حالهما قبل القسمة وتكون للحصة المشروط لها (رد المحتار).

كذلك لو أفرز جميع الشركاء طريقاً فيجوز أن تكون تلك الطريق مشتركة بين جميعهم. أنظر شرح المادة (١١٤٣).

وإن يكن قد ذكر في المادة (١١٥١) لزوم إفراز كل حصة عن الأخرى بحق طريقها ومسيلها وشربها بدون أن يكون لها تعلق بالحصة الأخرى إلا أن ذلك غير محتوم كما ذكر في شرح

المادة المذكورة. ويجوز أن يبقى لحصة حق طريق ومسيل في الحصة الأخرى حتى ولو كان ممكناً إفراز الحصص بعضها عن بعض مع حق طريقها وحق شربها.

المادة (١١٦٧) - (إذا كان لحصة طريق في حصة أخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة فإذا كان ممكناً صرفه وتحويله فيصرف ويحول سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها أو لم يقل. أما إذا كان الطريق غير قابل للصرف والتحويل إلى طرف آخر فينظر: فإن قيل حين القسمة بجميع حقوقها تدخل الطريق وإن لم يذكر التعبير العام كقولهم بجميع حقوقها تنفسخ القسمة، والمسيل في هذا الخصوص أيضاً كالطريق عينها)

إذا كان لحصة قبل القسمة طريق في حصة أخرى ولم يشترط بقاء تلك الطريق للحصة الأولى على الوجه المبين في المادة الآنفة حين القسمة فإذا كان ممكناً صرفه وتحويله أي إلى جهة من ملك صاحب الحصة الأولى فيصرف ويحوّل لأن المقصود من القسمة أن يختص كل واحد من الشركاء بحصة وقطع أسباب التعلق في حق الغير، فإذا كان ممكناً حصول ذلك فيصرف ويحوَّل على هذا الوجه لتحقيق معنى القسمة، ولا يدخل في القسمة بلا شرط ولا يكون لصاحب الحصة الأولى حق مرور في الحصة الثانية (الطوري). أنظر المادة (١١٥١). أي أنه لا يملك رقبة تلك الأرض كما أنه لا يملك حق المرور فيها. (الهندية).

سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها أو لم يقل لأن استحقاق الشريك الذي شرطت له الحقوق والمرافق للطريق هو في حالة عدم إيجاد طريق له في ملكه فإذا كان ممكناً إيجاد طريق له في ملكه فلا يستحق الطريق ما لم يرض الشريك لأنه في هذا الحال يمكنه أن يفتح الطريق من ملكه وأن ينتفع من الحصة التي أصابته (الهندية). أما إذا قيل حين القسمة إن هذه الحصة لك مع حق طريقها وحق مسيلها وحق شربها، فلا تحول الطريق ولا تصرف إلى طرف آخر ولو كان صرفها وتحويلها ممكناً (الزيلعي في القسمة) مع أن الطريق والمسيل يدخلان في البيع بتعبير جميع حقوقها (الطورى). أنظر المادة (٢٣٥)

ويحترز بقول المجلة «إذا لم يشترط» من شرط إبقاء ذلك فإذا شرط فيجري في ذلك حكم المادة (١١٦٦) فتبقى ولو كان صرفها وتحويلها ممكناً.

قيل «إذا كان لحصة طريق في حصة أخرى» لأن الطريق إذا لم تكن في الحصة الأخرى وكانت في أرض الغير فتدخل في القسمة في كل حال كما ذكر في المادة (١١٦٥). (الهندية)

أما إذا لم يكن ممكناً صرف وتحويل تلك الطريق لطرف آخر ينظر: فإذا قيل حين القسمة بجميع حقوقها أو مرافقها باستعمال تعبير عمومي فتدخل الطريق في القسمة، وإذا لم يضف حين

القسمة تعبير عمومي كقولهم بجميع حقوقها أو جميع مرافقها فلا تدخل الطريق في القسمة، فإذا كان لا يعلم الشريك حين القسمة بأنه ليس للحصة طريق فتفسخ القسمة بالإجماع (البهجة والهندية) حيث إن المقصود من القسمة قطع علاقة الحصص بعضها عن بعض وأن يكون سهم كل شريك كاملاً لذلك الشريك فإذا كان غير ممكن حصول المقصود بصرف الطريق لجهة أخرى فتختل القسمة وتكون فاسدة ويجب فسخها واستئناف القسمة لازالة ضرر الاختلاف (منح الغفار). أما في البيع فإذا تبين أنه ليس للمشتري طريق أو مسيل في الملك المشتري فلا يفسد البيع لأن المقصود من البيع والشراء هو ملك الرقبة ولا يشترط الانتفاع منه في الحال أما في القسمة فيشترط الانتفاع في الحال (الطوري).

وتقسم ثانية بعد الفسخ على أن يكون شريك طريق (أبو السعود المصري) وفي هذا الحال فإذا تبين عند تكرار القسمة عدم امكان قطع طريق حصة من حصة أخرى فالظاهر أن تجري القسمة ثانية وأن يشترط فيها أن تكون طريق حصة في الحصة الأخرى (رد المحتار) أنظر المادتين (١١٥١ و١١٦٦).

قيل في الشرح «إذا لم يكن عالماً بأن ليس للحصة طريق» لأنه إذا علم الشريك بعدم وجود طريق لحصته فتكون القسمة نافذة ولا تفسخ لأنه يكون قد رضي بالعيب كما أن المشتري إذا قبل المبيع بعيب فلا يكون مخيراً بسبب ذلك العيب. أنظر المادة (٣٤١). (الهندية)

والمسيل في هذا الخصوص كالطريق عينها وذلك إذا كان لحصة قبل القسمة مسيل في الحصة الأخرى ولم يشترط حين القسمة إبقاؤه فيحول إذا كان ممكناً تحويله إلى طرف آخر ولا يكون المسيل المذكور داخلاً في القسمة أي لصاحب تلك الحصة سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها أو لم يقل. أما إذا كان غير ممكن تحويل المسيل المذكور لطرف آخر فينظر: فإن قيل حين القسمة «بجميع حقوقه» أي باستعمال تعبير عمومي فيدخل المسيل في القسمة ويبقى على حاله، وإذا لم يضف تعبير عمومي كهذا فلا يدخل المسيل في القسمة فإذا لم يكن الشريك عالماً وقت التقسيم بعدم وجود مسيل للحصة فتفسخ القسمة.

وأحكام هذه المادة غير مخالفة لأحكام المادتين (١١٤٣ و ١١١٤).

المادة (١١٦٨) - (إذا كان لأحد طريق في دار مشتركة بين اثنين وأراد صاحبا الدار تقسيمها فليس لصاحب الطريق منعهما. لكنهما يتركان طريقه حين القسمة على حاله، وإذا باع الثلاثة بالإتفاق الدار مع الطريق فإذا كانت الطريق مشتركة بين ثلاثتهم فيقسم الثمن بين الثلاثة. وإذا كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حق المرور فقط فكل واحد يأخذ حقه وذلك أن تقوّم العرصة مع حق المرور مرة وتقوّم ثانية خالية عن حق المرور والفضل بين

القيمتين يكون لصاحب حق المرور وباقيها لصاحبي الدار. والمسيل أيضاً كالطريق يعني إذا كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة فعلى صاحبي الدار حين تقسيمها ترك المسيل على حاله)

إذا كان لأحد طريق في دار مشتركة بين اثنين وأراد صاحبا الدار تقسيمها فليس لصاحب الطريق منعهما من التقسيم لأنه إذا كان مقدار الطريق معلوماً فيجب إعطاء طريق لذلك المقدار تماماً على الوجه المبين في الفقرة الآتية: وإذا كان غير معلوم فيلزم إعطاء طريق بعرض باب الدار كما جاء في المادة الآتية. وما عدا ذلك هو ملك لصاحبي الدار وليس لصاحب الطريق حق فيه فلهما حق تقسيمه. أنظر المادة (١١٩٧). ولكنهما يتركان طريقه على حاله حين القسمة أي يجب عليهما تركه حيث إن الطريق المذكورة هي ملك لذلك الآخر فلا يجوز إدخالها في القسمة حيث يشترط حين القسمة أن يكون المال المشترك ملكاً للشركاء كما جاء في المادة (١١٢٥). أنظر المادة (٩٧). وإذا باع ثلاثتهم أي صاحبا الدار وصاحب الطريق بالإتفاق الدار المذكورة مع الطريق فإذا كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم أي ملكاً لثلاثتهم فيقسم ثمن الطريق بين ثلاثتهم فإذا كانت حصتهم معلومة كأن تكون الطريق موروثة فتقسم حسب حصصهم، وإذا كانت غير معلومة فتقسم على عدد الورثة. أنظر المادة (١١٤٣) وإذا كانت الطريق المذكورة موروثة وحصتهم معلومة على هذا الوجه وتوفي أحد الورثة وأورث حصته إلى ورثة كثيرين فحق أولئك الوارثين يكون بقدر حق مورثهم الواحد فقط. مثلاً لو كان لأحد طريق في الدار التي يملكها آخر وكانت الطريق المذكورة مشتركة مناصفة بين صاحب الدار وبين صاحب الطريق ثم توفي صاحب الدار وأراد أولاده الثلاثة تقسيم الدار بينهم فقسموها وأفرزوا الطريق لهم ولذلك الآخر ثم باع الأربعة الطريق المذكورة بالإتفاق فيأخذ الورثة الثلاثة نصف الثمن ويأخذ الشريك الآخر النصف. أما إذا كان غير معلوم أن الطريق ميراث وأنكروا أيضاً أنها ميراث فيقسم الثمن المذكور على عدد الرؤوس أي يقسم على أربعة أسهم ويأخذ الآخر الربع فقط. أنظر شرح المادة (١١٤٣). (الهندية والطوري).

قيل في هذه الفقرة «إذا كانت مشتركة» لأنه إذا كانت الطريق غير مشتركة بل كانت ملكه مستقلاً حسب الفقرة الأولى فيكون الثمن مستقلاً له.

تعيين ثمن الطريق، إذا كانت رقبة الطريق مشتركة بين الثلاثة على الوجه المبين في هذه الفقرة وباع ثلاثتهم بالاتفاق الطريق فقط فيقتسمون الثمن المسمى بنسبة حصصهم وإذا لم يبيعوا الطريق مستقلاً بل باعوه مع الدار فيأخذ كل منهم حقه، يعني أن صاحب الدار مع الطريق يأخذ ثمن الدار كاملاً ويأخذ أيضاً حصته التي أصابته من الطريق، وأما صاحب الطريق فيأخذ حصته من الطريق فقط. وتبين الأصول في علم ذلك على الوجه الآتي: وذلك بأن تقوّم الدار أولاً فقط ثم تقوّم الطريق فقط ويضرب مجموع القيمتين في الثمن المسمى ويقسم حاصل الضرب على قيمة

الدار ويكون خارج القسمة حصة الدار من الثمن المسمى وإذا قسم حاصل الضرب على قيمة الطريق فقط فيكون خارج القسمة حصة الطريق من الثمن المسمى وعلى ذلك فتكون حصة الدار من الثمن لصاحب الدار فقط أما ثمن الطريق فيقسم بنسبة حصصهم من الثمن المسمى.

مثلاً: إذا بيعت الدار مع الطريق بمائة وخمسين ديناراً وكانت قيمة الدار ثمانين ديناراً فقط وقيمة الطريق عشرة دنانير فيكون الحساب على هذا الوجه:

قيمة الدار مع الطريق	قيمة الدار فقط	الثمن المسمى
٩٠	٨٠	١٣٣ ١/ ٣=١٥٠
الدار مع الطريق	الطريق فقط	الثمن المسمى
٩٠	١٠	١٦ ٢/ ٣=١٥٠

يعني ٨٠ × ١٥٠÷٩٠= ١٣٣١/٣ و ١٥٠÷٩= $\frac{٢}{٣}$ ١٦

فعلى هذه الصورة تكون مائة وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار لصاحب الدار مع الطريق وستة عشر ديناراً وثلثا دينار للشريك في الطريق.

وإذا كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار وكان لذلك الآخر حق مرور في تلك الطريق فقط فيأخذ كل منهم حقه من ثمن تلك الطريق، وليس كقول الإمام الكرخي الذي قال: إن جميع الثمن المسمى يكون عائداً لصاحبي الدار ويسقط حق صاحب المرور بلا بدل.

وذلك بأن تقوّم العرصة مع الدار مع رقبة الطريق وحق مرورها مرة ثم تقدر ثانية رقبة الطريق بدون حق المرور وتكون الفضلة بين القيمتين حق صاحب المرور إذ أن قيمة العرصة مع حق مرور الغير فيها قليلة وقيمتها بدون حق المرور فيها أزيد لأن حق مرور الغير من العرصة هو عيب في العرصة ويكون باقي الفضلة لصاحبي الدار.

وفي هذه المسألة أربع صور:

١ ـ أن تكون قيمة العرصة بدون حق المرور مساوية للثمن المسمى وأن تكون قيمتها بحق المرور أقل منه. وذلك إذا بيعت عرصة مع حق مرورها بستين ديناراً وكانت قيمة العرصة المذكورة بدون حق المرور ستين ديناراً أيضاً وقيمتها بحق المرور خمسة وأربعين ديناراً فتكون الخمسة عشر ديناراً هي فضلة الثمن فيكون المبلغ المذكور لصاحب حق المرور وتكون الخمسة والأربعون ديناراً لصاحب الدار.

٢ ـ أن تكون قيمة العرصة بدون حق المرور أزيد من الثمن المسمى وأن تكون قيمتها بحق المرور مساوية للثمن المسمى. مثلاً إذا بيعت العرصة المذكورة مع حق مرورها بستين ديناراً وكانت قيمتها بدون حق المرور ثمانين ديناراً وقيمتها مع حق المرور ستين ديناراً فيكون الفرق بين القيمتين

وهو عشرون ديناراً هو ربع الثمانين ديناراً فتكون الخمسة عشر ديناراً أي ربع الثمن المسمى لصاحب حق المرور والخمسة والأربعون ديناراً لصاحب العرصة وتحل القاعدة الحسابية في ذلك على الوجه الآتي: (٢٠ × ٦٠÷٨٠=١٥).

٣ ـ أن تكون قيمة العرصة بدون حق المرور وقيمتها مع حق المرور دون الثمن المسمى.

مثلاً: أن تكون قيمة العرصة المباعة بحق مرورها ستين ديناراً وبدون حق المرور خمسين ديناراً وأربعين ديناراً مع حق المرور فالعشرة الدنانير التي هي الفرق بين القيمتين هي خمس الخمسين ديناراً فيكون خمس الثمن المسمى الإثنا عشر ديناراً لصاحب حق المرور والثمانية والأربعون الباقية لصاحب العرصة، وتحل القاعدة الحسابية على الوجه الآتي:

(١٠ × ٦٠÷٥٠=١٢)

٤ ـ أن تكون قيمة العرصة بدون حق المرور ومع حق المرور أزيد من الثمن المسمى، مثلاً أن تباع العرصة مع حق المرور بستين ديناراً وأن تكون قيمة العرصة المذكورة بدون حق المرور مائة دينار وقيمتها مع حق المرور تسعون ديناراً فالتفاوت بين القيمتين وهو عشرة دنانير هو عشر المائة الدينار فيكون عشر الثمن المسمى أي الدنانير العشرة حقاً لصاحب المرور وتحل القاعدة الحسابية بذلك على الوجه الآتي: (١٠ × ٦٠÷١٠٠=٦)

وقد ذكر في المادة (٣٤٦) أن المعاملة تجري على هذا الوجه في الرجوع بنقصان الثمن في البيع (التتارخانية في الفصل السادس عشر في المتفرقات).

والمسيل أيضاً كالطريق ويفهم من هذه الفقرة أن جميع الأحكام التي بينت آنفاً جارية في المسيل والحال أن فقرة «وإن كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار» غير جارية في المسيل وللإشارة إلى ذلك قد ورد في الفقرة المذكورة التفسير الآتي: يعني إن كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة فإذا قسمت الدار بينهما يترك المسيل على حاله وليس لصاحب المسيل أن يمنع هذا التقسيم (الخانية) وإذا باع صاحب الدار مع صاحب المسيل بالاتفاق الدار مع المسيل فيأخذ صاحب المسيل حصته من الثمن، هذا إذا كانت رقبة المسيل لصاحب المسيل أما إذا كانت رقبة المسيل لصاحب الدار ولصاحب المسيل حق الإسالة فقط وباع العرصة مع المسيل بالاتفاق على الوجه السالف الذكر فيسقط حق صاحب المسيل مجاناً ولا يأخذ حصته من ثمن المبيع كما أنه لا يبقى له حق المسيل (البهجة).

كذلك إذا أوصى أحد لأحد بسكنى دار معينة فباع الوارث الدار بعد وفاة الموصي بأمر وإذن من الموصى له فالبيع جائز ويسقط حق الموصى له بالكلية ولا يبقى له حق السكنى في الدار.

وإذا أبطل صاحب المسيل حقه في المسيل ينظر: فإذا كان صاحب المسيل يملك حق المسيل بدون أن يكون مالكاً للرقبة فيسقط حقه بالإبطال والإسقاط. أما إذا كان مالكاً لحق المسيل ولرقبة

المسيل معاً فلا يسقط حقه بالإسقاط والإبراء لأن ملك العين لا يبطل بالإبطال. أنظر شرح المادة (١٢٢٧).

إن التفصيلات التي وعد بها في شرح المادة (٢١٦).هي عبارة عن هذه

المادة (١١٦٩) - (إذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر من تلك الساحة وأراد أصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم لكن يتركون حين القسمة له طريقاً بقدر عرض باب المنزل)

إذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر من تلك الساحة أي كان لصاحب المنزل طريق منها وأراد قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم من التقسيم المذكور. أنظر المادة (١١٩٧)

وإذا أراد أصحاب الدار تقسيم الدار ينظر: فإذا كان لصاحب المنزل طريق معلوم ومحدود في محل معين من تلك العرصة فيجب ترك تلك الطريق كاملة له ولا توسع إذا كانت ضيقة كما أنها لا تضيق إذا كانت واسعة. أما إذا كانت الطريق غير معلومة ومحدودة أي مجهولة عرضاً وسعة فيتركون طريقاً لصاحب المنزل بقدر عرض الباب المنزل الخارجي وبالطول المنتهي بالطريق الأعظم (الخانية) أي أنه في هذا الحال يجب على أصحاب الدار أن يتركوا طريقاً بعرض باب المنزل الخارجي وبطول ينتهي بالطريق الأعظم وليس لهم ترك المنزل المذكور بلا طريق حتى أنه لو ادعى أحد حق مرور ورقبة طريق في العرصة التي يملكها آخر وشهد الشهود بأن للمدعي طريقاً في تلك العرصة بدون أن يبينوا محل الطريق وطولها وعرضها تقبل شهادتهم ويعطى للمدعى طريق بعرض باب الدار الخارجي من تلك العرصة (الهندية).

وكذلك إذا كان لاثنين منزلان في تلك العرصة فالحكم على هذا الوجه. يعني إذا كان في تلك العرصة لشخصين منزلان وكان صاحبا المنزلين يمرّان من تلك العرصة وأرادا تقسيمها فيترك طريق واحد للمنزلين بعرض باب المنزل الذي بابه أوسع من باب المنزل الآخر ولا يترك لكل منزل طريق على حدة لأن الطريق إنما هي للمرور ويكفي طريق واحد لمنزلين (التتارخانية في الفصل الثاني عشر في المتفرقات).

وإن يكن أن طريقاً واحدة تكفي لمنزلين ولكن هذا إذا كان المنزلان في جهة من العرصة. أما إذا كان أحدهما في جهة من العرصة والآخر في الجهة الأخرى وكان غير ممكن لصاحبيهما المرور من طريق واحد ففي ذلك الحال يجب إعطاء طريق لصاحب كل منزل بعرض باب منزله الخارجي.

المادة (١١٧٠) - (دار قسمت بين اثنين وبين المقسمين حائط فإذا كانت

رؤوس جذوع أحد المقسمين الواقعة على حائط آخر واقعة رؤوسها الأخرى على ذلك الحائط المشترك فترفع تلك الجذوع إن شرط حين القسمة رفعها وإلا فلا ترفع. وكذلك إذا قسم على صورة أن يكون الحائط الواقع بين مقسمين ملكاً لصاحب حصة والجذوع الموضوعة رؤوسها على ذلك الحائط ملكاً لصاحب حصة أخرى فحكمه على هذا الوجه)

دار قسمت بين اثنين وبين المقسمين حائط وجعل هذا الحائط حين القسمة ملكاً لأحد الشريكين فإذا كانت رؤوس جذوع أحد المقسمين الواقعة على حائط آخر واقعة رؤوسها الأخرى على ذلك الحائط الذي كان مشتركاً قبل القسمة وأصبح بعد القسمة في حصة شريك واحد حسب الفقرة الثانية من المادة (١١٤٦) فترفع بطلب صاحب الحائط إن شرط حين القسمة رفعها لأنه يجب مراعاة الشروط بقدر الإمكان وإلا أي إذا لم يشترط حين القسمة رفعها سواء شرط إبقاؤها أو سكت فلا ترفع ولو طلب صاحب الحائط رفعها سواء كانت تلك الجذوع قبل القسمة ملكاً لأحد الشريكين وكان الحائط مشتركاً أو كان السقف والجذوع والحائط مشتركاً وأصبح الحائط حين التقسيم لإحدى الحصص والسقف والجذوع لحصة أخرى (رد المحتار) لأن هذه الجذوع قد أصابت حصة أحد الشريكين وهي موضوعة على حائط واستحقها على هذه الحالة (رد المحتار استنباطاً) وإذا ارتفعت هذه الجذوع من نفسها بأن احترقت فهل لصاحبها حق وضع غيرها؟ ويقال تفقهاً: إن هذا الحق دائمي وليس مؤقتاً فلذلك لصاحبها حق وضعها.

ويفهم من الإيضاحات المذكورة أن عبارة «الحائط المشترك» الواردة في هذه المادة مجاز بعلاقة السابقة كما في الآية الكريمة ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ ولا يقصد بعبارة الحائط المشترك الحائط الذي يترك حين القسمة مشتركاً ليستعمل مشتركاً على الوجه المبين في المادة (١١٤٦) لأن للشركاء في الحائط المشترك حق استعماله مشتركاً فلا يكون معنى لشرط الرفع.

كذلك إذا كانت جذوع أحد موضوعة على سلم أحد فإذا شرط حين القسمة رفعها فترفع وإلا فلا. وكذلك إذا كانت نافذة صاحب الطابق العلوي مطلة على نصيب صاحب الطابق السفلي فإذا اشترط حين القسمة سدها فتسد. والتقسيم إلى مقسمين الوارد ذكره في هذه المادة ليس احترازياً فالحكم أيضاً على هذا المنوال فيما إذا كانت المقاسم ثلاثة أو أكثر. كما أن لفظ حائط ليس احترازياً فلو كان بدلاً عن الحائط عمود فالحكم على هذا المنوال (الهندية).

وكذلك إذا قسم على صورة أن يكون الحائط الواقع بين مقسمين ملكاً لصاحب حصة والجذوع الموضوعة رؤوسها على ذلك الحائط ملكاً لصاحب حصة أخرى فحكمه على هذا الوجه.

بما أنه لا يوجد فرق بين هذه الفقرة الأخيرة وبين الفقرتين السابقتين فكان لا داعي لتكرارها ولا فائدة من القول عنها أن الحكم على هذا الوجه.

المادة (١١٧١) ـ (أغصان الأشجار الواقعة في قسم إذا كانت مدلاة على القسم الآخر فإذا لم يكن شرط قطعها حين القسمة فلا تقطع)

أغصان الأشجار الواقعة في قسم أي إذا قسمت عرصة أو بستان وكان يوجد في قسم أشجار قبل القسمة فإذا كانت مدلاة على القسم الآخر فإن لم يكن شرط قطعها حين القسمة فلا تقطع جبراً كما هو الحال في المادة السابقة لأن هذه الأشجار قد استحقها من خرجت في نصيبه وأغصانها على هذا الحال (الهندية ورد المحتار). ولذلك فالأغصان الوارد ذكرها هنا ليست من قبيل الأغصان الوارد ذكرها في المادة (١١٩٦) (الخانية وجامع الفصولين). أما إذا شرط حين القسمة قطعها فلصاحب القسم الآخر أن يطلب قطع تلك الأغصان وأن يفرّغ هواءه. أنظر المادة (١١٩٦). (الأنقروي).

المادة (١١٧٢) ـ (إذا قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من أصحاب الحصص أن يفتح باباً ونافذة على ذلك الطريق وليس لأحد من أصحاب الطريق منعهم)

لكل واحد مالك حق المرور من محل أن يفتح باباً على ذلك المحل (الخيرية). فلذلك إذا قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص بين الشركاء فلكل واحد من أصحاب الحصص أن يفتح باباً ونافذة على ذلك الطريق وليس لأحد من أصحاب الطريق منعهم من فتح الباب والنافذة كما أنه ليس لهم منعهم من المرور لأن فتح الباب في جداره تصرف منه في حقه الخاص وغير مضر بغيره (الطوري والخيرية).

مثلاً إذا كان لدار واقعة في طريق خاص باب وخمس نوافذ فتوفي صاحبها وورثت لأولاده الخمسة فقسموها إلى خمس حصص فلكل صاحب حصة فتح باب وعلى هذه الصورة فيكون في تلك الدار بدلاً عن باب واحد خمسة أبواب كما أن لأصحاب كل حصة فتح ست نوافذ وعلى ذلك فتصبح النوافذ ثلاثين نافذة لأن المرور من باب أو المرور من عشرة أبواب في حكم واحد ولا يكون بفتحه أبواباً كثيرة قد أخذ شيئاً أكثر من حقه فلذلك كما للمورث أن يفتح على تلك الطريق أبواباً ونوافذ فلورثته هذا الحق أيضاً. أما صاحب الأراضي التي لها حق الشرب من نهر مشترك إذا توفي واقتسم ورثته الأرض المذكورة فليس له فتح جدول للسقي غير الجدول السابق (جامع الفصولين) وقد وضح ذلك في شرح المادة (١٢٩٦).

قيل في المجلة «على تلك الطريق» ولنبادر إلى توضيح ذلك وهو أن لمن يملك حق المرور في طريق خاص أن يفتح باباً آخر على تلك الطريق في أعلى النقطة الواقع فيها باب الدار أي في طرف مدخل الطريق وقد اتفق على ذلك. أنظر المادة (١٣٢٨). أما فتحه باباً آخر في أسفل النقطة

من باب الدار أي في جهة منتهى الطريق فقد اختلف فيه فعند المشايخ له فتح الباب من أسفل، وقد ذكر في جامع الفصولين أن الفتوى على ذلك لأن له رفع حائط داره بالكلية وله إنشاء الدخول إلى داره من جهة الأسفل أو الأعلى وله المرور من أول الحائط إلى آخره لإصلاح حائطه وتعميره. وعند بعض العلماء ليس له فتح باب من أسفل لأن مروره لتعمير الحائط هو للضرورة والضرورة مستثناة من القواعد الشرعية إذ ليس له المرور إلى النقطة السفلى من باب داره كما أنه ليس له حق فتح باب الدار.

إن أصحاب المتون قد قبلوا هذا القول بحسب الظاهر وقد ذكر في الخانية أن هذا القول هو ظاهر الرواية وحكم بصحته كما أنه في البهجة في قبيل كتاب الجنايات وفي الخيرية في كتاب الحيطان قد أفتى بهذا القول الثاني فلذلك كان القول المفتى به لحين نشر المجلة هو القول الثاني. أما وقد ذكر في المجلة عبارة «على تلك الطريق» بصورة مطلقة فيفهم منه أنه قد اختير القول الأول. أنظر المادة (٦٤) «جامع الفصولين»[١].

وقوله «طريق خاص» للاحتراز من المقصورة وذلك إذا كانت طريق المقصورة أي الدار الواسعة المحاطة بحائط من حجر من عرصة دار أخرى واقتسم أصحاب المقصورة فليس لأصحاب الحصص فتح باب من المقصورة على تلك العرصة بل لهم حسب المادة « ١١٦٩» طريق من تلك العرصة بقدر عرض الباب الخارجي وليس لهم المرور من موضع آخر غير الطريق المذكورة «الطورى».

قيل «لها حق المرور» لأنها حسب المادة « ١٢١٩» ليس لمن ليس له حق المرور في طريق خاص أن يفتح باباً عليها.

قد أسند حق المرور للدار المشتركة لأنه ليس لواحد من جماعة له حق الاشتراك في طريق فتح باب لدار أخرى ليس له حق المرور في تلك الطريق «الطورى».

المادة (١١٧٣) - (إذا بنى أحد الشركاء لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة تقسم فإن أصاب ذلك البناء حصة بانيه فبها، وإن أصابت حصة الآخر فله أن يكلف بانيه هدمه ورفعه)

ليس لأحد الشركاء في عرصة مشتركة أن يحدث بناء أو أن يغرس أشجاراً بلا إذن، أنظر المادتين «٤٦ و ٩٦».

(١) واختار شيخ الإسلام أن له أن يفتح باباً على جداره أسفل من الباب الأول أو أعلى منه وبه يفتى «هامش الأنقروي في الحيطان». وفي كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى «رد المحتار»

فلذلك إذا بنى أحد الشركاء لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ولم يطلب أي شريك من الشركاء التقسيم وطلب الشريك الآخر رفع البناء يرفع وفي هذه الصورة لا يقسم القاضي العرصة لأن الطلب شرط في قسمة القضاء كما هو مبين في المادة (١١٢٩) ويكون البناء المذكور ملكاً مستقلاً للباني ولا يكون مشتركاً بمجرد بنائه في ملك مشترك. أما إذا طلب الشريك الغير الباني أو الشريك الباني أو كلاهما القسمة فتقسم إذا كانت قابلة للقسمة. أنظر المادة (١١٣٩) لأنه إذا رفع البناء في هذا الحال قبل القسمة يبطل حق الباني بالكلية أما إذا قسم فيكون قد حوفظ على حقه في المقدار الذي أصاب حصته (الولوالجية ويحيى أفندي).

فإن أصاب بناء على القسمة ذلك البناء حصة بانيه فبها أي يكون أصاب الهدف وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف بانيه هدمه ورفعه وإذا تراضى مع الباني يدفع بدل البناء للباني ويمتلك الشريك البناء وإذا أصاب بعض البناء حصة الباني وبعضه حصة الشريك الآخر فأمر البناء الذي يصيب الباني يكون عائداً له. أما البناء الذي يصيب حصة الآخر فيهدم ويرفع بطلبه وإذا لزم هدم ورفع البناء وحصل من جراء ذلك نقصان للعرصة يضمنه الباني أيضاً، ومع ذلك إذا كان هدم البناء مضراً بالعرصة فيضمن صاحب العرصة قيمة البناء للباني مستحق القلع (رد المحتار). وكذلك إذا كان ملك مشترك غير قابل للقسمة فيرفع ذلك البناء بطلب الشريك الآخر ويعاد الملك المشترك إلى حاله الأصلي. أنظر شرح المادة (١٠٧٦).

إيضاح القيود: -

١ - تعبير «ملك» ليس احترازياً إذ يجري حكم هذه المادة أيضاً في الأراضي الأميرية المشتركة. أنظر شرح المادة (٩٠٦).

٢ - لنفسه، هذا التعبير احترازي فإذا بنى الباني بإذن شريكه للشركة أو بإذن شريكه على الإطلاق فهو مشترك وللشريك الباني الرجوع على شريكه بحصة من مصرف البناء. أنظر المادة (١٣٩).

٣ - «بدون إذن شريكه»، هذا التعبير ليس احترازياً بل اتفاقي لأنه إذا بنى أحد الشركاء لنفسه بإذن شريكه فإذا كان بلا بدل فهو عارية وللمعير في أي وقت أراد الرجوع عن عاريته توفيقاً للمادة (٨٣٧) وأن يطلب قلع البناء، وإذا كان هذا الإذن مقابل بدل معلوم فهو إجارة وتجري في ذلك الأحكام المبينة في شرح المادة (٥٣١). أما إذا بنى للشركة بدون إذن شريكه فيكون البناء مشتركاً والباني متبرعاً بمصرفه على البناء وليس له الرجوع على شريكه بحصته من المصرف.

٤ - تعبير «البناء» ليس احترازياً فإذا غرس أحد الشركاء لنفسه أشجاراً في الأرض المشتركة بدون إذن شريكه فالحكم على هذا الوجه أيضاً.

الفصل التاسع

في بيان المهايأة

بعد أن فرغت المجلة من بيان أحكام قسمة الأعيان بادرت إلى بيان تقسيم الأعراض وهي المنافع وأخرت ذكرها عن الأعيان لأن الأعيان أصل والمنافع فرع «نتائج الأفكار».

المهايأة، وتجوز قراءتها المهاياة بتبديل الهمزة ألفاً «رد المحتار».

يلزم علم سبعة أشياء في المهايأة وهي : دليلها وتعريفها وشرطها وصفتها وحكمها ومحلها وتقسيمها.

دليلها - الكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول، أي أنه ثبت جواز المهايأة بهذه الأدلة (الدرر والشرنبلالي ونتائج الأفكار). إلا أنها مخالفة للقياس لأن المهايأة تتضمن مبادلة منفعة بمنفعة من عين جنسها فيجب أن لا تجوز كما وضح في شرح المادة (٤٦٣) لأن كل شريك في نوبة انتفاعه ينتفع بملك شريكه وانتفاعه هذا عوض عن انتفاع شريكه الآخر بملكه (العناية).

الكتاب - ﴿لها ولكم شرب يوم معلوم﴾ الآية الكريمة أي أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة بالمناوبة، وإذا لم تنسخ شريعة الأولين فهي شريعة لنا.

السنة - إن الرسول ﷺ قد قسم كل بعير لثلاثة رجال فركبوا الجمال بالمهايأة والمناوبة (أبو السعود).

(إجماع الأمة) قد اجمعت الأئمة على جواز المهايأة.

(المعقول) إذا لم تجوّز المهايأة يلزم تعطيل بعض الأموال التي خلقت لنفع البشر أي الأموال الغير القابلة للقسمة وإسقاطها من الانتفاع لأنه لا يتفق الشركاء على الإنتفاع بعضاً فيكون ذلك نسخاً للآية الكريمة ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾: (الطوري والبهجة)

(تعريفها) قد ورد في المادة الآتية.

(شرطها) إمكان الانتفاع مع بقاء العين. أنظر المادة (١١٧٥)

(صفتها) إذا طلب الشريكين المهايأة ولم يطلب الآخر القسمة وامتنع عن المهايأة أيضاً تجب المهايأة.

(حكمها) عبارة عن الإفراز تارة وعن المبادلة تارة أخرى **(الطورى). أنظر المادتين (١١٧٨ و١١٧٩).**

(محلها) المنافع وليست الأعيان. أنظر المادة (١١٧٨). وهذه المنافع كما تكون في الأعيان القابلة للقسمة تكون أيضاً في الأعيان الغير القابلة للقسمة فلذلك تجري المهايأة في البيت الصغير الغير القابل للقسمة كما تجري في البيت الكبير القابل للقسمة إلا أنه يتعين في البيت الصغير الغير القابل للقسمة المهايأة زماناً. أما الملك المشترك القابل للقسمة كالدار الكبيرة فلا تكون المهايأة متعينة فكما تجري القسمة فيها لا تتعين المهايأة زماناً بل تمكن المهايأة فيها زماناً ومكاناً.

تقسيمها ـ تقسيم المهايأة إلى خمسة أوجه:

١ ـ أما أن تقسم زماناً أو مكاناً وقد ذكر ذلك في المادة (١١٧٦).

٢ ـ تقسيم المهايأة في كونها في الأعيان المتفقة المنفعة تارة والمختلفة المنفعة تارة أخرى. أنظر المادة (١١٨١).

٣ ـ تقسيم المهايأة باعتبارها للاستعمال مرة وللإستغلال مرة أخرى أنظر المادتين (١١٨٥ و١١٨٦).

٤ ـ تقسيم المهايأة باعتبارها تارة رضاء وتارة قضاء كما هو الحال في القسمة. أنظر المادة (١١٢٠) وخصوص التقسيم على هذا الوجه يستفاد من المادة (١١٨١).

٥ ـ تقسيم المهايأة باعتبار جريانها تارة بين المالكين لرقبة المال وجريانها تارة بين المالكين للمنفعة، وهذا يكون في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى ـ الوقف، وهو أن المهايأة تجري في الوقف، إذا كان المنزل الموقوف لسكنى أولاد الواقف وأولاد أولاده صغيراً ولم يكن ممكناً من لهم حق السكنى أن يسكنوا الدار جميعاً فتجري المهايأة بحكم القاضي «البهجة». وكذلك تجري المهايأة في المستغلات الموقوفة المشتركة الغير القابلة للقسمة الجاري التصرف فيها بالإجارتين.

وذلك إذا وقع نزاع بين الشركاء في خصوص التصرف وطلب بعض الشركاء المهايأة وامتنع الآخرون فالقاضي لا ينظر إلى عدم رضاء ذلك الشريك ويأمر برأي المتولي بالتصرف مهايأة أي أنه للزوم المهايأة في مثل هذه الأوقاف يجب إنضمام رأي المتولي. أما المهايأة التي تجري بين الشركاء بالتراضي بدون رأي المتولي فهي غير لازمة فلكل شريك من الشركاء أن يفسخ المهايأة من نفسه ولو لم يرض شريكه[1].

المسألة الثانية ـ للمتصرفين في الأراضي الأميرية إجراء المهايأة بالتراضي زماناً أو مكاناً، إلا أنها لا تكون لازمة ولكل من الطرفين الرجوع عنها في أي وقت أراد. ولا تجري المهايأة قضاء في الأراضي الأميرية.

(١) قد صدرت إرادة سنية بإجراء المهايأة في أوقاف الإجارتين في غرة شعبان سنة ١٢٩٦

المسألة الثالثة ـ للمستأجرين إجراء المهايأة في المأجور وذلك إذا استأجر إثنان داراً بالاشتراك وكانت غير قابلة لسكناهما معاً فلهما المهايأة بالتراضي ولكن لا تكون هذه المهايأة لازمة ولكل منهما فسخها ولو بلا عذر (التنقيح ورد المحتار).

وكذلك تصح المهايأة بين المستأجر والمالك وذلك لو استأجر أحد حصة شائعة من عقار (أي أنه استأجر أولاً جميع الدار ثم فسخ الإجارة في النصف العائد إلى الشريك فبقيت الاجارة شائعة) وتهايأ المستأجر مع المالك فالمهايأة صحيحة إلا أنها غير جائزة قضاء إذ أن المهايأة المذكورة غير لازمة فلكل واحد منهما فسخها ولو بلا عذر (التنقيح بزيادة) .

قد بين في المادة (٤٣٠) أنه تجوز المهايأة رضاء بين المستأجرين والمالك، ولكن هل تجوز المهايأة في المسألتين الآتيتين بحكم القاضي؟

١ ـ هل تجوز المهايأة بين المالك والمستأجر بحكم القاضي. مثلاً: إذا أجر أحد الشريكين الدكان الصغيرة المشتركة الغير القابلة للقسمة بلا إذن الشريك الآخر لأجنبي وأراد الشريك الغير المؤجر استرداد حصته فلا يمكن استرداد حصته خاصة وإذا استرد حصته مع حصة شريكه المؤجر فينتج ذلك تسليم حصة الشريك المؤجر إلى المدعي الشريك الغير المؤجر مما لا يوافق العدالة ويخل بحق تصرفه في حصته المشروعة .

٢ ـ هل تجري المهايأة قضاء بين مستأجرين إثنين. وذلك لو استأجر إثنان دكاناً ولم يتفقا على الانتفاع بها فإذا سدت الدكان يتضرر كلاهما وإذا أذن لأحدهما بالإنتفاع وحرم الآخر فيكون قد أضر وظلم ذلك الآخر. إن مفتي دمشق الأسبق محمود حمزة أفندي عليه رحمة الباري الذي تدل تآليفه النفيسة الفقهية على تبحره في علم الفقه قد ذكر في رسالته المسماة «كشف المستور عن صحة المهايأة في المأجور» جواز المهايأة قضاء بين المستأجرين وأورد مسائل عديدة من كلام الفقهاء دليلاً على ذلك فقال: تجري المهايأة جبراً في المأجور لأنه قد ذكر في التتارخانية أن مهايأة المستأجرين صحيحة إلا أنها غير لازمة ولكن إذا كان المأجور غير مساعد لانتفاع المستأجرين وطلب أحدهما المهايأة أثناء انتفاع الآخر فيقبل طلبه ويجبر على قسمة المنافع في المواضع التي يجبر فيها على قسمة الأعيان وفي الأحوال التي لا يجبر فيها على القسمة في الاعيان لا يجبر على قسمة المنافع بل تتوقف على رضاء الشركاء. وقد جعل السائحاني المهايأة في المأجور مساوية للمهايأة في الملك. انتهى ملخصاً .

وإيضاحات الفقه المذكور جديرة بالقبول، فعلى ذلك إذا كان حانوت مشتركاً بين اثنين وأجر أحدهما جميع الحانوت المذكور لأجنبي وفسخ الشريك الآخر الإجارة في حصته وطلب استردادها فبما أن هذا الاسترداد مبطل لحق الشريك المؤجر فأصبح غير قابل الإنفاذ فيجب قطع النزاع بإجراء المهايأة الجبرية بين المستأجر وبين هذا المدعي.

المادة (١١٧٤) ـ (المهايأة عبارة عن قسمة المنافع)

ويفهم من ذلك أن المهايأة مبادلة معنى وليست إفرازاً من كل وجه لأن المهايأة لا تجري في المثليات كالمكيل والموزون (الطوري).

أقوال الفقهاء في حق المهايأة. في المهايأة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن تكون المهايأة بطريق القسمة. والقول الثاني: أن تكون بطريق الإعارة: والقول الثالث: أن تكون بطريق الإجارة. وبما أن المجلة قد ذكرت في هذه المادة أن المهايأة عبارة عن قسمة المنافع فيظهر أنها قد اختارت القول الأول (عبد الحليم). وسبب الاختيار هو أنه لو كانت المهايأة بطريق الإجارة فتتضمن مبادلة المنفعة قصداً ونسيئة بجنسها وهو غير جائز، وإذا كانت بطريقة العارية فالعارية عقد غير لازم وللطرفين في أي وقت شاءا الرجوع عنها مع أنه لا يرجع عن المهايأة كما ذكر في المادة (١١٩٠).

أما إذا كانت المهايأة عبارة عن قسمة المنافع فتكون من وجه مبادلة ومن وجه إفرازاً ـ كما هو الحال في قسمة الأعيان ـ وذلك إذا هُويئت دار كبيرة فالشريك الذي يخرج في قسمته دائرة الضيوف مثلاً مالك أساساً لنصف منفعتها. والمهايأة بهذا الاعتبار إفراز أما نصفها الآخر فيكون قد أخذه عوضاً عن منفعته في القسم الآخر وهي دائرة الحريم. والمهايأة بهذا الإعتبار مبادلة كما أن للشريك الذي تصيب حصته دائرة الحريم كان مالكاً لنصف منفعة تلك الدائرة وبهذا الاعتبار فالمهايأة إفراز.

سؤال ـ إذا اعتبرت المهايأة مبادلة فهي تتضمن مبادلة المنفعة بجنسها وهذا غير جائز؟

الجواب ـ إن هذا التضمن غير مقصود بل هو ضمني أي واقع ضمن الافراز فهو جائز توفيقاً للمادة (٥٤).

أما إذا كانت المهايأة واقعة في الأموال المختلفة الجنس فتعتبر مبادلة من كل وجه فلذلك لا تجري المهايأة قضاء في تلك الأموال. أنظر المادة (١١٣٥). وذلك إذا كان حيوان ودار مشتركين بين اثنين فالمهايأة بينهما على أن أحدهما يسكن الدار والآخر يستعمل الحيوان جائزة رضاء وغير جائزة قضاء (الطوري) أنظر المادة (١١٨١).

منافع: ويفهم من تعبير منافع أن محل المهايأة غير الأعيان وبهذا التعبير تحصل الاشارة إلى حكم المادة (١١٨٧). (البدائع)

خلاصة مسائل المهايأة: تتلخص مسائل المهايأة في ست مسائل:

المسألة الأولى ـ المهايأة في الدار المشتركة أو المخزن المشترك هي بأن يسكن أحد الشريكين في بعضها وأن يسكن الشريك الآخر في بعضها الآخر أو أن يسكن أحدهما سنة وأن يسكن الآخر السنة الأخرى، والمهايأة في زراعة الأرض على هذا الوجه أيضاً.

المسألة الثانية ـ المهايأة في الدارين المشتركتين أو الحانوتين المشتركين هي بأن يسكن أحدهما في دار أو حانوت منهما وأن يسكن الآخر في الدار أو الحانوت الآخر. والمهايأة في زراعة الأرض هي هكذا أيضاً .

المسألة الثالثة ـ المهايأة في غلة الدار أو الحانوت أو الأرض. إنظر المادة (١١٨٤).
المسألة الرابعة ـ المهايأة في غلة الدارين أو الحانوتين أو الأرضين. أنظر المادة (١١٨٦).
المسألة الخامسة ـ المهايأة على استعمال حيوان مشترك. أنظر المادة (١١٧٧).
المسألة السادسة ـ المهايأة على استعمال حيوانين مشتركين. أنظر المادة المذكورة (رد المحتار) .

المادة (١١٧٥) ـ (لا تجري المهايأة في المثليات بل تجري في القيميات حتى يمكن الانتفاع بها حال بقاء عينها)

لا تجري المهايأة في المثليات أي لا تصح لأن المهايأة عبارة عن قسمة المنافع ولا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها. مثلاً: لا تجري المهايأة في عشر كيلات حنطة، إذ لا يمكن الانتفاع بالحنطة مع بقائها على حالها بل أن المهايأة تجري في القيميات المشتركة وتصح حتى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالبيت الصغير والدار والمخزن والحمام والمقهى .

المادة (١١٧٦) ـ (المهايأة نوعان: النوع الأول، المهايأة زماناً كما لو تهايأ إثنان على أن يوزع أحدهما الأرض المشتركة بينهما سنة والآخر سنة أخرى. أو على سكنى أحد صاحبي الدار المشتركة الدار المذكورة مناوبة سنة لكل واحد منهما. النوع الثاني: المهايأة مكاناً كما لو تهايأ إثنان في الأراضي المشتركة بينهما على أن يزرع أحدهما نصفها والآخر نصفها الآخر، أو الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما في قسم منها والآخر في القسم الآخر أو أن يسكن أحدهما في الطابق العلوي والآخر في السفلي أو في الدارين المشتركتين على أن يسكن أحدهما في واحدة منها والآخر في الأخرى)

المهايأة نوعان:

النوع الأول ـ المهايأة زماناً كالمهايأة في الدابة الواحدة والبيت الصغير، أي في الجنس الواحد الذي لا يقبل التجزئة والانقسام. وبالمهايأة فيهما بهذا النوع يتعين الانتفاع يعني إذا كان بيت صغير لا يمكن الانتفاع به إذا قسم كما أنه لا يمكن الانتفاع به إذا هويء مكاناً فيتعين فيه بالضرورة المهايأة زماناً. أما المال القابل للتقسيم فحيث يمكن الانتفاع به بالتقسيم فيمكن أيضاً الانتفاع به

مهايأة كما أنه يمكن الانتفاع بالمهايأة زماناً كالدار الكبيرة المشتركة فلذلك يمكن الانتفاع بالأموال القابلة للقسمة على ثلاث صور: (١) يمكن الانتفاع بالدار الكبيرة المشتركة بتقسيمها. (٢) كما أنه يمكن مهايأتها مكاناً بأخذ أحدهما دائرة الضيوف والآخر دائرة الحريم. (٣) وتمكن مهايأتها زماناً بأن يسكن أحدهما جميع الدار سنة واحدة ويسكن الآخر السنة الأخرى.

كما لو تهايأ إثنان على أن يزرع أحدهما الأرض المشتركة بينهما سنة وأن يزرعها أو يؤجرها الآخر سنة أخرى أو على سكنى الدار بالمناوبة هذا سنة والآخر سنة أو أن يؤجرها، وقد ذكر آنفاً أنه يجري في الأرض المشتركة وفي الدار المشتركة المهايأة مكاناً أيضاً.

النوع الثاني ـ المهايأة مكاناً، وتوضح هذه المهايأة بالأمثلة الآتية:

كما لو تهايأ إثنان في الأرض المشتركة على أن يزرع أحدهما نصفها أو يؤجرها وأن يزرع الآخر أو يؤجر نصفها الآخر، أو في الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما قسماً منها والآخر القسم الآخر أو أن يسكن أحدهما فوقانيها والآخر تحتانيها، أو في الدارين المشتركتين على أن يسكن أحدهما في واحدة والآخر في الأخرى أو أن يؤجرها لآخر (القهستاني).

يوجد بين المهايأة زماناً وبين المهايأة مكاناً فرق كما أنه يوجد مسألة متفرعة عن هذا الفرق، وذلك أن المهايأة مكاناً أعدل من المهايأة زماناً إذ أن كل واحد من الشركاء ينتفع بها في زمن واحد أما المهايأة زماناً فهي أكمل من المهايأة مكاناً بسبب أنه ينتفع كل واحد من الشركاء بجميع المال المشترك، وبما أنه يوجد اختلاف بين هذين النوعين من المهايأة من جهة العدل والكمال فإذا طلب أحد الشريكين في مال مشترك ـ قابل للمهايأة زماناً ومكاناً ـ المهايأة زماناً وطلب الشريك الآخر المهايأة مكاناً يعني لو طلب أحد الشريكين في دار مهايأة الدار قائلاً: أسكن في جهة الزقاق ويسكن شريكي في جهة الجنينة وطلب الآخر أن يسكن في جميع الدار سنة ويسكن الشريك الثاني سنة أخرى فيأمر القاضي الطرفين بالاتفاق على المهايأة زماناً أو مكاناً لأن هذين النوعين من المهايأة مختلفان من جهة العدل والكمال فلا يستطيع القاضي ترجيح إدعاء طرف عن إدعاء الطرف الآخر فلذلك لزم اتفاق الشريكين على نوع من نوعي المهايأة فإذا اتفق الشريكان على نوع من نوعي المهايأة فيجري القاضي القرعة بينهما على الوجه المبين في المادة (١١٨٠). (رد المحتار). وإذا لم يتفقا وأصر أحدهما على أن تكون المهايأة زماناً وأصرّ الآخر على أن تكون مكاناً فتلاحظ الصور الآتية: ـ

١ ـ أن يجبرا على الاتفاق بتضييقهما بالحبس.
٢ ـ أن يجبرا على تأجير العقار لأجنبي.
٣ ـ أن يجبرا على بيعه بالاتفاق لآخر.

٤ ـ أن يجعل القاضي مختاراً في إجراء المهايأة مكاناً أو زماناً. فالصور الثلاث الأولى غير جائزة كما أن الصورة الرابعة غير جائزة ايضاً لأنها توجب الترجيح بلا مرجح وقد استنبط المرحوم

محمود حمزة أفندي من الكتب الفقهية أنه إذا تعنت الشريكان على الوجه المذكور فلا يجوز الجبر على المهايأة مكاناً لكنه يجوز الجبر على المهايأة زماناً.

وإذا اختلف في تعيين مدة المهايأة يعني إذا طلب أحد الشريكين أن تكون المهايأة سنة بسنة وطلب الآخر أن تكون كل ستة أشهر واختلفا فالظاهر أن تعيين المدة مفوض لرأي القاضي ولا يأمر القاضي في ذلك باتفاق الطرفين ولكن إذا قيل أن إدعاء المدعي مدة أقل (إذا لم تكن موجبة لضرر الآخر) هي مرجحة لأنها أسرع في الوصول إلى الحق، فهو قول وجيه (رد المحتار). وفي المهايأة على أقل المدة يمكن أن يكون ضرر عظيم على أحد الطرفين وذلك إذا طلب أحد الشركاء مهايأة الحانوت والدار من أسبوع لأسبوع وجرت المهايأة على هذا الوجه فيقتضي نقل الأمتعة والأشياء التجارية من محل لآخر في أسبوع والمشكلات في ذلك واضحة كما أن نقل التاجر من حانوته بعد أن تعود عليه زبائنه إلى حانوت آخر يوجب الخسارة في التجارة. وقد قال المرحوم محمود حمزة أفندي: إن تعيين المدة مفوض لأمر القاضي إن شاء جعلها من ستة أشهر إلى ستة أشهر وإن شاء جعلها من سنة إلى سنة وعلى ذلك فالقاضي ينظر في الملاحظات السالفة الذكر ويعين مدة المهايأة على ضوئها.

والأموال باعتبار قابليتها للمهايأة على صنفين:

الصنف الأول ـ الأموال القابلة للمهايأة زماناً ومكاناً كالأموال الوارد ذكرها في أمثلة المجلة المارة الذكر.

الصنف الثاني ـ الأموال القابلة للمهايأة زماناً فقط كالبيت الصغير والحيوان الواحد والخادم الواحد.

المادة (١١٧٧) ـ (كما تجوز المهايأة في الحيوان الواحد المشترك على استعماله بالمناوبة تجوز أيضاً في الحيوانين المشتركين على أن يستعمل أحدهما حيواناً والآخر الآخر)

كما تجوز عند الإمامين المهايأة زماناً رضاء أو قضاء في الحيوان الواحد المشترك على استعماله بالمناوبة بأن يستعمله كل واحد من الشريكين ستة أشهر أو سنة بتحميله الأحمال أو ركوبه تجوز المهايأة أيضاً في الحيوانين المشتركين على أن يستعمل أحدهما حيواناً والآخر الحيوان الآخر للتحميل أو الركوب (عبد الحليم والهندية). وعند الإمام الأعظم تجوز المهايأة رضاء سواء في الحيوان الواحد أو في حيوانين على الركوب إلا أنها لا تجوز قضاء لأن الركوب متفاوت بتفاوت الراكبين فلا تتحقق التسوية وليس للقاضي الجبر عليها، أما عند الإمامين فكما تجوز رضاء تجوز قضاء لأنه كما جازت قسمة الأعيان في الحيوانين يجب أن تجوز قسمة المنافع فيهما. (الهداية).

ولا يوجد في هذه المادة قيد يدل على ترجيح أحد القولين إلا أنه قد اختير قول الإمامين في المادة (١١٨١) وقد شرحت هذه المادة على قول الإمامين المذكورين.

إن هذه **المادة** تحتوي على فقرتين:

الفقرة الأولى ـ جواز استعمال الحيوان المشترك الواحد بالمناوبة وهذه الفقرة مذكورة في المادة (١١٨٣).

الفقرة الثانية ـ جواز المهايأة في الحيوانين بأن يستعمل أحد الشريكين أحدهما وأن يستعمل الشريك الآخر الحيوان الآخر وهذه الفقرة فرع للمادة (١١٨١) ويفهم ذلك من إتيان هذه الفقرة مثلاً للمادة المذكورة.

ويحترز بقيد «على استعماله» الوارد في هذه المادة من المهايأة على استغلال الحيوان المشترك لأنه لا تجوز المهايأة بالاتفاق على استغلال الحيوان المشترك إذ توالى أسباب التغير في الحيوان يوجب تغير القوى الجسمانية الظاهرة وبما أن الاستغلال يحصل بصورة الاستعمال فلا يكون عمل الحيوان في الزمن الثاني كعمله في الزمن الأول بسبب التغير المذكور فتفوت المعادلة (العناية ونتائج الأفكار) أما في الدار الواحدة فالظاهر عدم التغير والمبادلة ممكنة فيها فلذلك تجري المهايأة زماناً أما المهايأة استغلالاً في حيوانين مشتركين فجائزة عند الأمامين (رد المحتار وأبو السعود).

وإذا تلف أحد الحيوانين المتهايأ فيهما حين استعماله معتاداً على الوجه المبين في هذه المادة فلا يلزم ضمان (الهندية)، كما أنه لو هدمت الدار المتهايأ فيها حين استعمال الشريك لها حسب المعتاد فلا يلزم ضمان (أبو السعود).

وقد اختلف في المهايأة على لبس الثوبين وذلك لو كان ثوبان مشتركين بين اثنين فلا تجوز المهايأة فيهما بأن يلبس أحد الشريكين أحدهما وأن يلبس الشريك الآخر الثوب الآخر لأن الناس متفاوتون في لبس الثياب تفاوتاً فاحشاً أما عند الامامين فالمهايأة في ذلك جائزة (رد المحتار والطوري).

المادة (١١٧٨) ـ (المهايأة زماناً نوع من المبادلة، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته، وعليه فالمهايأة زماناً في حكم الإجارة بناء على ذلك يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة زماناً ككذا يوماً وكذا شهراً)

المهايأة زماناً نوع من المبادلة ولكن يوجد فيها إفراز من وجه وقد وضح ذلك في شرح المادة (١١٧٤)[1].

فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته وعليه

(١) ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه. (أبو السعود)

فالمهايأة زماناً في حكم الإجارة. ولكن يفهم من مثال المادة (٤٦٣) أن جواز إيجار المنفعة مقابل المنفعة مشروط باختلاف جنس المنفعة وأنه إذا كانت المنفعة متفقة الجنس فالإجارة فاسدة فعلى ذلك يجب عدم جواز المهايأة على هذا الوجه، ويجاب على ذلك على وجهين:

الوجه الأول ـ قد ذكر في شرح عنوان الفصل التاسع أن جواز هذا النوع من المهايأة هو على خلاف القياس.

الوجه الثاني ـ قد ذكر في شرح المادة (١١٧٤) ان مبادلة المنفعة بجنسها في المهايأة غير مقصودة بل هي ضمنية أي ضمن الإفراز ويغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها أنظر مادة (٥٤) بناء على ذلك يجب في المهايأة زماناً ذكر وتعيين المدة ككذا يوماً أو كذا شهراً كما في الإجارة. أنظر المادة (٤٥٢).

وإذا عينت المدة في المهايأة زماناً على هذا الوجه واستعمل أحدهما مدة أكثر من مدته بلا إذن فليس للآخر أن يقول: إنني أستعمل المهايأة مدة بقدر المدة التي استعملها شريكي الآخر. أنظر المادة (١١٨٣). «الهندية»

المادة (١١٧٩) ـ (المهايأة مكاناً نوع من الإفراز وذلك أن منفعة الشريكين في الدار المشتركة مثلاً شائعة أي شاملة لكل جزء من تلك الدار، فبالمهايأة تجمع منفعة أحدهما في قطعة من الدار ومنفعة الآخر في القطعة الأخرى فلذلك لا يلزم في المهايأة مكاناً ذكر وتعيين المدة)

المهايأة مكاناً نوع من الإفراز أن فيها معنى الإفراز وليست مبادلة صرفة وكونها إفرازاً يثبت على الوجه الآتي:

وذلك أن منفعة الشريكين في الدار المشتركة مثلاً شائعة أي شاملة لكل جزء من تلك الدار أي شاملة لدائرة الضيوف ولدائرة الحريم، فالمهايأة تجمع منفعة أحد الشريكين في قطعة من تلك الدار كدائرة الضيوف مثلاً ومنفعة الآخر في القطعة الأخرى كدائرة الحريم مثلاً أو تجمع منفعة أحدهما في الطابق العلوي والآخر في الطابق السفلي (العناية).

وللشريك في المهايأة التي تجري على هذا الوجه أن يؤجر منافع نوبته لآخر سواء شرط الإيجار حين عقد المهايأة أو لم يشرط (الدرر) ويعلم من هذا الدليل الموجود في المجلة أن المهايأة من وجه إفراز ومن وجه مبادلة، وقد وضح أيضاً ذلك في شرح المادة (١١٧٤).

سؤال ـ بما أن المنافع عبارة عن أعراض ولا يمكن نقلها من محل لآخر فمن المحال جمع المنافع الشائعة في قطعة؟

الجواب ـ ليس معنى ذلك أن القاضي يجمع المنافع المذكورة حقيقة بل معناه أنه يعتبر بالضرورة أن المنافع المذكورة قد جمعت (الطورى ونتائج الأفكار).

فلذلك لا يلزم ذكر وتعيين المدة في المهايأة مكاناً لأن تعيين المدة يكون بقصد علم المنافع والحال أن المهايأة مكاناً هي عبارة عن قسمة المنافع المجموعة في مكان فإذا كان معلوماً مكان المنفعة فالمنافع تكون معلومة أيضاً (البدائع) ولو كانت المهايأة مكاناً ليست بإفراز بل مبادلة لكان من قبيل تمليك المنافع بعوض فتكون ملحقة بالإجارة ولكان يلزم في ذلك ذكر وتعيين المدة (نتائج الأفكار)

المادة (١١٨٠) ـ (كما أنه ينبغي إجراء القرعة في المهايأة زماناً لأجل البدء ـ يعني أي أصحاب الحصص ينتفع أولاً ـ كذلك ينبغي في المهايأة مكاناً تعيين المحل بالقرعة أيضاً)

يعني أن إجراء القرعة بين الشريكين في ذلك أولى وأحسن نفعاً للتهمة إذ يحتمل أن كل واحد منهما يتنازع مع الآخر في المهايأة زماناً قائلاً: أريد أن أنتفع قبلاً، كما أنه يحتمل أن يتنازعا في تعيين المكان في المهايأة مكاناً، فلذلك ينبغي للقاضي أن يجري القرعة نفياً للتهمة. إن إجراء القرعة في المهايأة هو لتطييب القلوب فقط كما هي في القسمة وقد بين ذلك في شرح المادة (١١٥١) وللقاضي أن يعين الزمان والمكان بدون قرعة أيضاً (الهندية ورد المحتار).

المادة (١١٨١) ـ (إذا طلب أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة المهايأة وامتنع الآخر فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة فيجبر على المهايأة وإن كانت مختلفة المنفعة فلا يجبر عليها. مثلاً داران مشتركتان طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما وأن يسكن الآخر الأخرى، أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحداً والآخر الآخر، وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة. أما لو طلب أحدهما المهايأة على سكنى الدار وللآخر إيجار الحمام أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة الآخر الأراضي فالمهايأة بالتراضي وإن تكن جائزة إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها)

إذا طلب أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة المهايأة وامتنع الآخر ولم يطلب الممتنع القسمة فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة فيجبر على المهايأة كما يجبر على القسمة في الأعيان المتحدة الجنس، أما إذا طلب الشريك الممتنع عن المهايأة القسمة فترجح القسمة ولو طلب الآخر المهايأة (العناية). وتكون هذه المهايأة من حيث المكان. وإن كانت مختلفة المنفعة فلا يجبر على المهايأة كما لا يجبر على قسمة الأعيان المختلفة الجنس.

مثلاً داران مشتركتان في موضع واحد طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما وأن يسكن الآخر الأخرى أو أن يأخذ أحدهما غلة إحداهما ويأخذ الشريك الآخر غلة الدار الأخرى أو أن يأخذ أحدهما غلة دار واحدة سنة ويأخذ الآخر غلتها في السنة الأخرى وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة، أما إذا كانت إحدى تينك الدارين في مدينة والدار الأخرى في مدينة أخرى فلا يجبر على المهايأة، أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحداً للركوب أو لتحميل المتاع أو طلب أحدهما لبس ثوب من الثوبين المشتركين وأن يلبس الآخر الثوب الآخر وطلب المهايأة وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة (عبد الحليم) لأن منفعة هؤلاء متفقة.

أما المهايأة على غلة حيوان واحد أو على غلة حيوانين فهي غير جائزة ولو كانت بالتراضي (الدرر).

وجواز المهايأة زماناً أو مكاناً قضاء في حيوان أو حيوانين مشتركين هو على قول الإمامين، أما عند الإمام الأعظم فالمهايأة في حيوان أو حيوانين جبراً وقضاء غير جائزة لأن الإستعمال مختلف باختلاف الراكبين فبعض الراكبين حاذق والآخر جاهل (مجمع الأنهر) ويفهم من هذه المادة أن المجلة قد اختارت قول الإمامين.

أما إذا كانت تلك الأعيان المشتركة مختلفة المنفعة فلا يجبر على المهايأة مثلاً لو طلب أحدهما المهايأة على سكنى الدار وللآخر إيجار الحمام أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة الآخر الأراضي أو سكنى أحدهما الحانوت واستعمال الآخر الفرس فالمهايأة بالتراضي وان تكن جائزة إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها لأن هذه الأعيان المشتركة مختلفة المنفعة.

المادة (١١٨٢) - (إذا طلب القسمة أحد أصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة وإذا طلب أحدهما المهايأة دون أن يطلب أي واحد منهما القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة)

أولاً - القسمة أقوى من المهايأة في استكمال المنفعة لأنه يحصل التملك في القسمة من حيث الذات والمنفعة معاً، أما في المهايأة فيحصل التملك من حيث المنفعة فقط.

ثانياً - إن القسمة عبارة عن جمع المنافع في زمن واحد، أما المهايأة فهي جمع المنافع على التعاقب.

ويتفرع على هذا الضابط مسألتان:

المسألة الأولى - إذا طلب القسمة أحد أصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة أي ترجح (نتائج الأفكار) وإذا طلب أحد أصحاب المال المشترك المهايأة دون

أن يطلب أي واحد منها القسمة وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة من قبل القاضي كما فصل في المادة الآنفة.

المسألة الثانية ـ إذا طلب أحدهما القسمة بعد المهايأة فتفسخ المهايأة وتقسم. أنظر المادة (١٠٩٨) (أبو السعود والهداية).

المادة (١١٨٣) ـ (إذا طلب أحد الشريكين المهايأة في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة)

والمهايأة في هذه الأموال تكون تارة للإستعمال وتارة للإستغلال.

مثلاً، إذا أراد أحد صاحبي الحانوت المشترك الغير القابل للقسمة تأجيره أو الانتفاع به بصورة أخرى وخالفه الآخر وتنازعا فيأمر القاضي بالمهايأة ويقال للشريك الذي لا يريد الإنتفاع: إن شئت انتفع بالحانوت وإن شئت أغلقه (رد المحتار وأبو السعود). أنظر شرح المادة (١١٣٠).

كذلك إذا طلب أحد الشريكين في الدار المشتركة الغير القابلة للقسمة أن يؤجر حصته لشريكه أو أن يستأجر شريكه منه حصته أو أن يتهايأ في الدار المشتركة فيأمر القاضي الشريك أن يختار أمراً من هذه الأمور الثلاثة (التنقيح).

إن هذه المادة توضّح وتفصل بالمادة الآتية:

المادة (١١٨٤) ـ (تؤجر العقارات المشتركة التي ينتفع الناس بأجرتها كالسفينة والطاحون والمقهى والخان والحمام لأربابها وتقسم أجرتها بين أصحاب الحصص على قدر حصصهم وإذا امتنع أحد الشركاء عن الإيجار فيجبر على المهايأة، لكن إذا زادت غلتها أي اجرتها في نوبة أحدهم فتقسم بين الشركاء)

تؤجر العقارات المشتركة التي ينتفع الناس بأجرتها كالسفينة والطاحون والمقهى والخان والحمام لأربابها أي لطالبيها وتقسم أجرتها بين أصحاب الحصص. أنظر المادة (١٠٧٣) أي أن الشركاء يؤجرونها بالاتفاق ويقتسمون أجرتها بنسبة حصصهم. وذلك لو كان ثلثا طاحون لأحد الشريكين وثلثها للشريك الآخر فأجّراها بثلاثمائة درهم فيكون مائتا درهم من بدل الإيجار لصاحب الثلثين ومائة درهم لصاحب الثلث، وإذا اتفقا على تقسيم الأجرة بصورة غير هذه الصورة فلا حكم له.

وقد بين في شرح مادتي (٤٢٩ و ٤٣١) أنه يجوز للشركاء إيجار المال المشترك بالاتفاق لأجنبي، كما أنه يجوز أن يؤجر الشريك حصته للشريك الآخر.

وإذا امتنع أحد الشريكين عن إيجار حصته مع الشريك الآخر فيجبر على المهايأة لأنه ليس

لأحد الشريكين إيجار حصته وحده. أنظر المادتين (٤٢٩ و٤٣١) وهذه المهايأة واقعة على الاستغلال وفي هذا الحال يكون لكل شريك من الشركاء تأجير الملك المشترك كاملاً في نوبته، أما إذا كان الشركاء إثنين وأجرا الملك المشترك في نوبتهما فزادت غلته أي أجرته في نوبة أحدهما تقسم تلك الزيادة بين الشريكين لأن فضلة غلة المال المشترك الذي جرت المهايأة فيه ابتداء للاستغلال تكون مشتركة كما بين في الفقرة الثانية من المادة (١١٨٦) وهذه الفقرة فرع لتلك المادة.

مثلاً لو كان حانوت مشتركاً مناصفة بين اثنين وجرت المهايأة فيه على أن يستغله كل واحد منهما سنة واحدة وكانت أجرته في نوبة أحدهما خمسة آلاف درهم وأجرته في نوبة الشريك الآخر أربعة آلاف درهم فتقسم الألف درهم الزائدة مناصفة بين الشريكين.

إن هذه المادة مفصلة للمادة (١١٨٣) المارة الذكر.

المادة (١١٨٥) - (كما يجوز لكل واحد من أرباب الحصص بعد المهايأة زماناً أو مكاناً أن يستعمل العقار المشترك في نوبته أو المقسم الذي أصاب حصته يجوز له أن يؤجر ذلك إلى آخر ويأخذ الأجرة بنفسه)

تقع المهايأة أحياناً على الإستعمال فلذلك يجوز - في المهايأة التي تقع على هذا الوجه - لكل واحد من أرباب الحصص بعد المهايأة زماناً أو مكاناً أن يستعمل العقار المشترك في نوبته أي حتى انقضاء نوبته أو المقسم الذي أصاب حصته بالذات كما أنه يجوز له أن يؤجر ذلك إلى آخر ويأخذ الأجرة لنفسه وليس لشريكه أن يطالب بحصته من ذلك (عبد الحليم).

ويفهم من ذكر المسألة على الإطلاق أن للشريك الإيجار في نوبته بصورة مطلقة سواء شرط الإيجار لآخر أثناء المهايأة أو لم يشرط، لأنه ما دام أن المهايأة جازت على الاستغلال منفرداً فيجوز الإستغلال تبعاً للمهايأة على السكنى (الطوري) وللشريك الإيجار في المهايأة التي وقعت على هذه الصورة سواء وقعت المهايأة على دار أو دارين حيث ان المنافع حادثة في ملكه فله الإقتدار على تمليك تلك المنافع لآخر، وعدم جواز تأجير المستعير العارية مع أن منافعها عائدة له هو لأن للمعير استرداد العارية في أي وقت شاء ولعدم الفائدة من الإجارة للسبب المذكور (نتائج الأفكار) إلا أنه يرد على هذا الدليل السؤال الآتي: وذلك أنه قد ذكر في المادة (١١٩٠) جواز الإسترداد في المهايأة قبل مضي المدة وعليه فكيف يستغل الشريك القطعة التي أصابته بسبب أن المنافع حادثة في ملكه وما الفائدة إذا طلب الشريك الآخر قبل مضي مدة المهايأة القسمة (فتح القدير).

مثلاً: إذا أجريت المهايأة الزمانية في دار على السكنى وسكن أحد الشريكين فيها وأراد الآخر إيجار الدار في نوبته لآخر فليس للشريك منعه من ذلك بداعي أنه لم يذكر وقت المهايأة الإيجار، وهذا القول هو قول شمس الأئمة السرخسي وقد اختارته المجلة. على قول آخر إذا جرت المهايأة على السكنى ولم يشرط الإيجار فلا يؤجر (التتارخانية في القسمة والمهايأة).

لكل شريك من الشريكين أن يعمل ما يشاء في نوبته بشرط أن لا يكون مضراً بشريكه فلذلك لو انهدمت الدار أثناء سكنى الشريك في نوبته بسبب سكناه أو احترقت من النار التي أشعلها حسب المعتاد فلا يلزمه ضمان (الهندية في الباب الثاني عشر من المهايأة ورد المحتار). وله وضع أمتعته في الدار وربط حيوانه في اصطبلها، وإذا ترتب ضرر من ذلك أي لو داس أحد تلك الأشياء فزلقت رجله وتمزقت ثيابه فلا يلزمه ضمان لأن ذلك من لوازم ومرافق السكنى فلا يكون إجراؤه ذلك تعدياً (الطوري).

أما إذا عمل أمراً مضراً بشريكه وترتب على ذلك حصول ضرر فيضمن (الأنقروي) بناء عليه ليس للشريك أن ينشئ أبنية ويحفر بئراً فلذلك لو أنشأ أبنية أو حفر بئراً وترتب على ذلك ضرر فيضمن حصة شريكه ولا يضمن مقدار حصته لنفسه (الطوري). أنظر شرح المادة (٩١).

المادة (١١٨٦) - (إذا أجر أحد أصحاب الحصص نوبته بعد أن حصلت المهايأة ابتداء على استيفاء المنافع وكانت غلة أحدهم في نوبته أكثر فليس لبقية الشركاء مشاركته في الزيادة. أما إذا جرت المهايأة ابتداء على الاستغلال مثلاً على أن يأخذ أحدهما اجرة الدار المشتركة شهراً والآخر شهراً فتكون الزيادة مشتركة. أما إذا حصلت المهايأة على أن يأخذ أحدهما غلة احدى الدارين المشتركتين وأن يأخذ الآخر غلة الدار الأخرى وكانت غلة إحدى الدارين أكثر فلا يشاركه الشريك الآخر)

المهايأة قسمان:

القسم الأول - يكون ابتداء على المنافع والاستغلال.

القسم الثاني - يكون ابتداء على الاستغلال.

فإذا عقدت المهايأة على المنافع على الوجه المبين في المادة الآنفة ثم أجر الشركاء المتهايئون نوبتهم وكانت الغلة وبدل الإيجار في نوبة أحدهم زيادة عن غلة وبدل إيجار الآخرين فليس للشركاء الآخرين المشاركة في تلك الزيادة لأنه في المهايأة التي تحصل على هذا الوجه تكون قد حصلت المعادلة في المنافع التي وقع التهايؤ فيها وزيادة الاستغلال بعد ذلك ليس فيه من ضرر (الهداية وأبو السعود).

ويفهم من ذلك أن زيادة الغلة في نوبة أحد الشركاء لا تنافي صحة المهايأة والجبر عليها (رد المحتار). أما المهايأة ابتداء على الإستغلال فهي نوعان:

النوع الأول - تكون في مال مشترك وذلك لو تهويء على أن يكون إيجار شهر من الدار

المشتركة لأحد الشريكين وإيجار الشهر الآخر للشريك الآخر فتكون الزيادة مشتركة حتى تحصل وتتحقق المعادلة في المهايأة (مجمع الأنهر). والفرق بين المسألة الأولى وبين هذه المسألة ظاهر. وذلك أن المهايأة في المسألة الأولى قد وردت على المنافع ولزم تحري المساواة في المنافع وقد حصلت المعادلة والمساواة بين الشركاء من هذه الجهة. وحصول زيادة بعد ذلك في الغلة لا يخل بالمساواة الحاصلة. كذلك لو قسم مال مشترك بين اثنين على وجه العدالة ثم باع أحدهما حصته بأكثر مما باع به الآخر حصته فهذه الزيادة تكون للبائع وليس لشريكه المداخلة فيها. أما في المسألة الثانية فالمهايأة قد وقعت على الاستغلال فالمعادلة والمساواة فيها تكون في الغلة وحصول المعدلة في ذلك يحصل بتقسيم الغلة الزائدة.

قيل في المجلة «دار» حيث قد ذكر في شرح المادة (١١٨٧) أنه لا تجوز المهايأة على الإستغلال في الحيوان المشترك وقد بين أسباب ذلك في محله (أبو السعود).

النوع الثاني - يكون في مالين مشتركين وذلك إذا تهايأ الشريكان في دارين مشتركتين على أن يأخذ أحدهما غلة إحدى الدارين ويأخذ الشريك الثاني غلة الدار الأخرى فهو جائز وإذا كانت غلة إحدى الدارين أكثر فلا يشاركه الآخر، والفرق بين دار ودارين هو أن زمان استيفاء المنافع في استغلال دار واحدة غير متحد بل متعاقب وقد اعتبر كالقرض أي أن كل شريك من الشركاء قد أقرض غلة حصته للشريك الآخر فإذا استوفى مقدار الدين فما يزيد عن الدين يبقى مشتركاً (فتح المعين والهداية والكافي) أما إذا حصلت المهايأة على دارين فزمان استيفاء المنافع فيهما متحد وجهة الإفراز والتمييز في هذه المهايأة راجحة (الهداية).

المادة (١١٨٧) - (لا تجوز المهايأة على الأعيان، فلا تصح المهايأة على ثمرة الأشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها على أن يكون لأحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الأشجار وللآخر ثمرة مقدار منها أو على لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه لواحد ولبن قطيع آخر وصوفه للآخر لأنها من الأعيان)

لا تجوز المهايأة على الأعيان لأن جواز المهايأة مبنيّ على الضرورة وهو أمر استحساني ثبت على خلاف القياس وثبتت الضرورة على الوجه الآتي:

إذا وجدت المنافع فهي غير قابلة للقسمة لسرعة فنائها، كما أن الأموال كالبيت الصغير الذي لا يقبل القسمة تمس الحاجة فيه إلى المهايأة، وإلا فالقياس عدم جواز المهايأة كما ذكر في شرح مادتي (٣٢ و ٤٦٣) وفي شرح الفصل التاسع من هذا الكتاب حيث ان الأعيان باقية وتقسيمها قابل فلا ضرورة إلى إجراء المهايأة فيها (الهندية وأبو السعود).

فلذلك لا تصح المهايأة على ثمرة الأشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها، على أن يكون لأحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الأشجار وللآخر ثمرة مقدار منها أو لبن قطيع من الغنم

المشتركة وصوفه لواحد ولبن قطيع آخر وصوفه للآخر لأنها من الأعيان وتبقى الحاصلات المذكورة مشتركة، وعليه فإذا جرت المهايأة على هذا الوجه واستهلك أحد الشركاء أو اثنان منهم الأعيان المذكورة فيضمن قيمة الأشياء المذكورة إذا كانت من القيميات أو مثلها إذا كانت من المثليات.

كذلك لا تصح المهايأة على أن يأخذ أحد الشركاء ثمرة الأشجار أو لبن الحيوانات أو صوفها أو نتاجها سنة ويأخذ الشريك الآخر ذلك سنة أخرى، مثلاً لو تهايأ الشركاء على أن يكون لأحدهم لبن الحيوان خمسة عشر يوماً وأن يأخذ الآخر لبنه خمسة عشر يوماً أخرى فالمهايأة باطلة ولا تحل زيادة اللبن للشريك ولو أحله الشريك الآخر لأن اللبن قابل للقسمة وهبة المشاع غير جائزة في المال القابل للقسمة.

كذلك لو أبرأ أحدهما الآخر في تلك الزيادة فلا يصح الإبراء لأن هذا الإبراء إبراء عن العين أما إذا أحلّ أحدهما الزيادة للآخر بعد استهلاك الزيادة فالحل صحيح لأنه إبراء من الضمان (الهندية ورد المحتار والطوري).

كذلك لو كان قطيع غنم مشتركاً بين اثنين واتفق الشريكان أن يأخذ أحدهما قسماً من القطيع على أن يرعاه ويعلفه وينتفع بألبانه ويأخذ الشريك الآخر القسم الآخر على ذلك الشرط فلا يصح (الطورى).

حيلة لجواز المهايأة على الأعيان: يبيع الشريك حصته في الأشجار المشتركة للشريك الآخر وبعد الإنتفاع من الثمرة سنة يبيع ذلك الشريك الآخر جميع الأشجار المذكورة للشريك الآخر وينتفع الشريك الآخر سنة بالثمر. ويعمل هكذا أيضاً في الحيوانات المشتركة.

وتوجد حيلة أخرى للانتفاع بلبن الحيوان. وذلك أن يزن الشريك كل يوم لبن الحيوانات في المدة التي في يده ويأخذ حصته ملكاً له ويصرف حصة شريكه على أنها قرض حيث ان قرض المشاع جائز على أن الشريك الآخر يجري نفس العمل في نوبته ويستوفي القرض. (الهندية ورد المحتار).

المادة (١١٨٨) - (وإن جاز لأحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي بين الشريكين بعد عقدها لكن إذا أجر أحدهما نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأة ما لم تنقض مدة الإجارة)

وإن جاز لأحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي بين الشريكين بعد عقدها بعذر وبغير عذر سواء كانت المهايأة زمانية أو مكانية إلا أنه إذا أجر أحدهما نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأة ما لم تنقض مدة الإجارة التي لا تزيد تلك المدة عن مدة نوبته كما ذكر في شرح المادة (١١٨٥) لأنه قد تعلق حق المستأجر فلم يجز فسخها صيانة لحقه. أنظر المادة (٤٦). (أبو السعود)

وفقرة «جاز الفسخ» محتاجة لإيضاح، وذلك إذا تهايأ زيد وعمرو في الدار المشتركة بينهما زماناً على أن يسكن أحدهما فيها سنة ويسكن الآخر سنة أخرى فأصابت نوبة الإنتفاع في السنة الأولى زيداً وقبل أن ينتفع زيد فسخ زيد أو عمرو المهايأة فتنفسخ لأنه لم يدخل حق أحد في ذمة الآخر كما أنه إذا انتفع زيد مدة سنة وأصبحت نوبة الانتفاع لعمرو فأجر عمرو نوبته.لشخص آخر فليس لزيد فسخ المهايأة.

أما إذا انتفع زيد مدة سنة وأتت نوبة انتفاع عمرو ولم يؤجر عمرو نوبته لآخر فهل لزيد أن يفسخ المهايأة بنفسه وإذا كان له ذلك فهل لا يضر ذلك عمراً؟ فإذا قيل إذا جرت القسمة لا يترتب ضرر على عمرو لأنه يكون قد انتفع بحصته. فنجيب على ذلك أن عمراً كان سينتفع بكل العقار قبل القسمة أما بعد القسمة فيضطر أن ينتفع بحصته فقط فيجب في هذا الحال أن لا يكون لزيد حق فسخ المهايأة وحده ولكنه يجب إيجاد نقل لأجل العمل بذلك.

إن تعبير «إذا أجر نوبته» هو في المهايأة زماناً كما ذكر في المادة (١١٨٥) أما إذا أجر في المهايأة مكاناً القسم الذي أصابه فحيث لا يجب ذكر المدة في ذلك كما ذكر في المادة (١١٧٩) فما الحكم؟

المادة (١١٨٩) ـ (وإن لم يجز لواحد فقط من أرباب الحصص أن يفسخ المهايأة الجارية بحكم القاضي فلكلهم فسخها بالتراضي)

وإن لم يجز لواحد فقط من أرباب الحصص أن يفسخ المهايأة الجارية بحكم القاضي ما لم يكن عذر كالبيع والتقسيم الوارد ذكرهما في المادة الآتية إلا أن لجميعهم فسخها بالتراضي لأنه إذا فسخ أحدهما المهايأة التي أجريت بحكم القاضي فلا فائدة من فسخها لأن القاضي يعيدها ثانية. أما في الفسخ بالتراضي فلا حاجة لإعادة المهايأة فلذلك جاز الفسخ «الهداية».

المادة (١١٩٠) ـ (إذا أراد أحد أصحاب الحصص أن يبيع حصته أو يقسمها فله فسخ المهايأة، أما لو أراد فسخها بلا سبب ليعيد المال المشترك إلى حاله القديم فلا يقره القاضي على ذلك)

إذا أراد أحد أصحاب الحصص أن يبيع حصته أو يقسمها فله فسخ المهايأة سواء كانت تلك المهايأة زماناً أو مكاناً ثم يبيع أو يقسم لأنه قد ذكر في شرح المادة (١١٨٢) أن التقسيم أقوى من المهايأة فيرجح التقسيم على المهايأة وإذا طلب أصحاب الحصص إجراء القسمة على هذا الوجه فيفسخ القاضي المهايأة ويقسم الملك المشترك (أبو السعود والأنقروي) وليس عندنا عقد لازم يجوز

فسخه بالتماس عقد آخر إلا المهايأة لأنه إذا طلب أحدهم القسمة قسم القاضي وفسخ المهايأة. (الطحطاوي).

وعبارة البيع الواردة هنا تشمل البيع الصحيح والفاسد معاً فإذا وقع البيع فاسداً فلا تنفسخ المهايأة ما لم يحصل التسليم، كما أنه لو وقع البيع على أن يكون البائع مخيراً فلا تنفسخ المهايأة في مدة الخيار. أما إذا حصل البيع على أن يكون المشتري مخيراً فتنفسخ المهايأة. أنظر المادتين «٣٠٧ و ٣٠٩». «الهندية»

والمراد من المهايأة الواردة في هذه المادة المهايأة التي تحصل بحكم القاضي أما المهايأة التي تقع بتراضي الطرفين فلكل واحد من الشريكين فسخها ولو بلا عذر كما ذكر في المادة (١١٨٨).

أما إذا أجر أحد الشركاء القطعة التي في يده لآخر فله نقض المهايأة بعد انقضاء مدة الإجارة وإجراء التقسيم بعد ذلك.

أما لو أراد فسخها بلا سبب ليعيد المال المشترك إلى حاله القديم ولم يكن للبيع أو للتقسيم فلا يقره القاضي على ذلك أي ليس له فسخ المهايأة بلا إذن القاضي كما أن القاضي لا يفسخها إذا طلب منه ذلك لأن القاضي مجبور على إجراء المهايأة بناء على الطلب الذي وقع قبل المهايأة فلذلك ليس للقاضي الموافقة على الفسخ بعد إجراء المهايأة لأنه لو وافق على الفسخ فهو مكلف بإجراء المهايأة ثانياً بطلب الطرف الآخر فلا يكون ثمة فائدة من الفسخ الذي ستعقبه المهايأة.

المادة (١١٩١) - (لا تبطل المهايأة بموت أحد أصحاب الحصص أو بموتهم جميعاً)

ولا تنفسخ لأنه إذا انفسخت فيجري القاضي المهايأة ثانياً بطلب ورثة المتوفي فلا فائدة ثمة من الفسخ ثم من استئناف المهايأة (الهداية). أما في الإجارة فغير ذلك (البدائع) يعني إذا توفي المؤجر أو المستأجر أو توفي كلاهما فتنفسخ الإجارة. إذن فالمهايأة لم تكن إجارة كما أنها لم تكن **إعارة**.



الباب الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران.

(ويحتوي على أربعة فصول)

الحيطان جمع حائط كما بين في المادة «١٠٤٧». والجيران جمع جار.

الفصل الأول

(في بيان بعض القواعد المتعلقة بأحكام الأملاك)

المادة (١١٩٢) - (كل يتصرف في ملكه كيفما شاء. لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال. مثلاً: الأبنية التي فوقانيها ملك لأحد وتحتانيها لآخر فبما أن لصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني أي حق التستر والتحفظ من الشمس والمطر فليس لأحدهما أن يعمل عملاً مضراً بالآخر بدون إذنه ولا أن يهدم بناء نفسه)

كل يتصرف في ملكه المستقل كيفما شاء أي أنه يتصرف كما يريد باختياره أي لا يجوز منعه من التصرف من قبل أي أحد هذا إذا لم يكن في ذلك ضرر فاحش للغير. أنظر المادة «١١٩٧» كما أنه لا يجبر من أحد على التصرف أي لا يؤمر أحد من آخر بأن يقال له: أعمر ملكك وأصلحه ولا تخربه ما لم تكن ضرورة للإجبار على التصرف كما ذكر في المواد «١٣١٧ و١٣١٨ و١٣١٩ و١٣٢٠».

إيضاح القيود:

١ - مستقل، أما إذا كان الملك مشتركاً فقد ورد حكمه في المادة « ١٠٦٩» وما يتلوها من المواد.

٢ - في ملكه، والمقصود من الملك ملك الرقبة وملك المنفعة وهو عام وشامل لهما فلذلك تشمل الموقوف للسكنى والاستغلال والأراضي الأميرية وستذكر التعريفات ونوضح المسألة قريباً.

ولا يجوز التصرف في ملك الغير بدون إذنه سواء كان هذا التصرف مضراً بصاحب الملك أو

غير مضر. أنظر المادة « ٩٦». ما لم يوجد ضرورة في التصرف بملك الغير كما هو مذكور في الفقرة الأخيرة من المادة « ١٣١٥» وكما سيوضح في شرح المادة المذكورة.

مسائل متفرعة على عدم جواز التصرف في ملك الغير:

البيوع - قد ذكر في المادة « ٣٧٨» إن بيع الفضولي غير نافذ أنظر مادتي «٣٦٦ و ٣٩٨»

وقد ذكر في المادة « ٣٩٧» أنه ليس للمشتري أن يبيع المبيع وفاء لآخر كما أنه إذا تلف المبيع وفاء في يد المشتري بتعديه يكون المشتري ضامناً كما ذكر في المادة « ٤٠١»

الإجارة - ليس للمستأجر التصرف في المأجور بطريق التجاوز على ما فوق المنفعة التي يستحقها في المأجور كما هو مذكور في المادة « ٤٢٦» كما لا يجوز اركاب الدابة المستأجرة لركوب أحد لآخر كما هو مذكور في المادة « ٤٢٧» كما أن إيجار الفضولي موقوف على إجازة المتصرف. وإذا كان المتصرف صغيراً أو مجنوناً يكون موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه كما هو مذكور في المادة (٤٤٧) كما أنه ليس للمستأجر تخريب المأجور كما ذكر في المادة (٥٣٣).

كذلك ليس لمن استأجر ثياباً أو حلياً لاستعمالها بنفسه أن يسمح لغيره بأن يستعملها كما هو مذكور في مادتي (٥٣٦ و ٥٣٧) كما أنه ليس للمستأجر أن يتجاوز المحل المعين بالحيوان المأجور أو أن يذهب إلى محل غيره.

وليس للمستأجر استعمال المأجور زيادة عن مدة الإجارة المعينة. أنظر المواد (٥٤٨ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٦ و٥٩٢ و٦٠٥).

الرهن - ليس للمرتهن تعييب أو اتلاف الرهن، وليس لآخر أيضاً إتلاف الرهن. أنظر مادتي (٧٤١ و ٧٤٢) وكذلك ليس للمرتهن بيع المرهون بلا إذن الراهن. أنظر المادة (٧٤٦). وكذلك ليس للمرتهن رهن المرهون لآخر بلا إذن الراهن. وكذلك ليس للمرتهن الانتفاع بالمرهون بلا إذن الراهن. أنظر المادة (٧٥٠).

الأمانات - إذا عثر أحد على شيء في الطريق فليس له أخذه على أن يكون ملكاً له، وكذلك ليس للمستودع صرف نقود الوديعة على أموره، كما أنه ليس له ركوب حيوان الوديعة. أنظر المادة (٧٨٧). وكذلك ليس له خلط الوديعة بمال آخر. أنظر المادة (٧٨٨) وكذلك ليس له إيداع الوديعة أو إيجارها أو إعارتها أو رهنها لآخر، كما أنه ليس له استعمالها. أنظر المادتين (٧٩٠ و٧٩٢).

الإعارة - وكذلك ليس للمستعير أن يتجاوز إلى ما فوق الانتفاع المأذون به. أنظر المادة (٨١٨) وكذلك ليس للمستعير إيجار العارية أو رهنها. أنظر المادة (٨٢٣).

الهبة - ليس لأحد أن يهب مال الغير عن الغير.

الغصب - إذا تصرف أحد بمال الغير كأخذه بلا إذنه يكون غاصباً وضامناً كما بين ذلك في كتاب الغصب

الشركة ـ ليس لأحد الشركاء استعمال الحيوان المشترك بلا إذن الشريك في أموره كالركوب أنظر المادتين (١٠٧٥ و١٠٨٠). وليس للشريك زراعة الأرض المشتركة بلا إذن الشريك إذا كانت الزراعة مضرة بالأرض. أنظر المادة (١٠٨٥).

ليس لأحد الشريكين في الحائط المشترك أن يفتح بلا إذن الآخر كوة أو باباً كما أنه ليس له ترقيع الحائط المشترك بلا إذن الشريك الآخر ولو كان ذلك غير مضر بالشريك (رد المحتار والأنقروي في الشركة).

ليس لأحد استعمال حائط جاره ووضع الجذوع عليه وذلك إذا كان الحائط بين دارين وكان ملكاً لأحد صاحبي الدارين فليس لجاره صاحب الدار الثانية استعمال الحائط فإذا استعمله يمنع.

وليس لصاحب الدار التي لها باب على الطريق العام فتح باب على الطريق الخاص التي تقع خلف منزله إذا لم يكن له باب قديم عليها فإذا فتح فلأصحاب الفريق الخاص منعه.

الهدم ـ إذا هدم أحد العقار الموقوف الذي يتصرف فيه بطريق الإجارتين واستهلك الأنقاض ببيعها وتسليمها لآخر فيضمنه متولي الوقف قيمة ذلك البناء مبنياً لأن المتصرف في مثل ذلك العقار لم يكن مالكاً إلا المنفعة ولم يكن مالكاً للرقبة (أحكام الأوقاف).

٣ ـ يتصرف كيفما شاء، سواء كان هذا التصرف مضراً بصاحب الملك أو نافعاً له.

ويتفرع عن ذلك مسائل وهي:

البيوع ـ لكل بيع ما له لأي شاء بالثمن الذي يريده وليس لأحد منعه من ذلك، كما أن تصرفه هذا غير موقوف على إذن أحد كما بين في المادة (١٦٧) وشرحها.

مثلاً ـ لو باع أحد وهو في كمال عقله وصحته جميع أو بعض ماله لأحد أولاده بثمن قليل أو كثير فهو جائز وليس لأولاده المداخلة حالاً أو المداخلة بعد وفاته أما بيع المريض لورثته أو للأجنبي فهو مستثنى كما ذكر في كتاب البيوع.

الفراغ ـ للمتصرفين بالمسقفات والمستغلات الموقوفة بطريق الإجارتين فراغ العقارات المذكورة بإذن المتولي لآخر ببدل أو بلا بدل وفراغها لأحد الورثة في حال الصحة وحال المرض، ولكن في فراغ المريض يوجد بعض قيود وذلك إذا فرغ المريض العقارات الموقوفة لآخر ثم توفي ينظر: فإذا كان للفارغ ورثة من أصحاب الإنتقال فالفراغ صحيح وقتئذ، أما إذا لم يكن له ورثة من أصحاب الإنتقال فلا يكون الفراغ صحيحاً ومعتبراً ويعتبر العقار المفروغ به محلولاً ويعود للوقف وحتى في هذه الصورة إذا أدى المفروغ له للفارغ بدلاً يستوفي المفروغ له البدل من تركة الفارغ.

كذلك للمتصرف مستقلاً بأرض أميرية أن يفرغها في حال صحته وحال مرضه لأجنبي أو لأحد ورثته وليس لأحد منعه ولكن ليس له الفراغ لشخصين.

١ ـ إذا باع البستان الذي أشجاره ملك وأرضه أميرية لآخر فله أن يفرغ الأرض الأميرية لشريكه فقط وليس له فراغها لأجنبي .

٢ ـ ليس له أن يفرغ لشخص من رعايا دولة أجنبية غير مأذون رعاياها بالاستملاك .

الإجارة ـ لكل إيجار ماله وملكه لأي شخص أراد بأي بدل ومدة شاء، أما في إجارة الوقف فيوجد بعض تقييد كما وضح في شرح الإجارة .

الإعارة ـ لكل أن يعير ماله لأي شخص أراد مطلقاً أو مقيداً .

الهبة ـ لكل شخص أن يهب ماله لمن شاء أو لبعض ورثته وأن يسلمه. أما هبة المريض لبعض ورثته أو للأجنبي ففيها بعض تقييد كما ذكر في كتاب الهبة.

الرهن ـ لكل أن يرهن ماله ويسلمه مقابل دينه وليس لأحد منعه، كما أن لكل أن يعير ماله لآخر ليرهنه مقابل دينه .

الإقرار ـ لكل أن يقر بالمال الذي في يده لآخر كما سيبين في كتاب الإقرار سواء كان ذلك الآخر أجنبياً أو من ورثته. ولكن إقرار المحجور والمريض مستثنى وفي إقرارهما بعض تقييد .

والحكم في العقود والمعاملات الأخرى على هذا الوجه كالإيداع .

البناء ـ لكل أن يبني في ملكه ما أراد وليس لأحد منعه، وذلك لو أراد أحد مثلاً أن يبني في عرصته بناء أو حائطاً في موضع متصل بجدار داره وأراد جاره منعه ينظر: فإذا كان صاحب العرصة سيبني حائطه بصورة إذا هدم حائط صاحب الدار فلا ينهدم حائط صاحب العرصة فليس لصاحب الدار ممانعته. أما إذا كان بصورة إذا هدم حائط صاحب الدار سينهدم حائط صاحب العرصة فلصاحب الدار منعه لأن الحائط في الصورة الأولى لا يستند على الحائط الأول. أما في الصورة الثانية فيستند عليه وإن كان أصل الحائط ذراعين وأعلاه شبراً لم يكن لصاحب الأرض أن يبني ويلصقه بالدار (الخانية في باب دعوى الحائط والطريق بزيادة) .

كذلك لو بنى أحد حانوتاً في عرصة بتصرفه بموجب قيود الطابو واقعة قرب حريم مسجد في قرية بإذن من صاحب الأرض[1] ولم يكن في ذلك ضرر للمسجد فليس لأهالي القرية طلب هدم الحانوت بداعي عدم رضائهم عن وجود حانوت قرب المسجد (المجموعة الجديدة) .

هدم البناء ـ لكل أن يهدم بعض أو كل الحائط المملوك له مستقلاً وليس لأحد منعه .

مثلاً: لو أراد أحد هدم بستانه فليس لجاره منعه من ذلك بداعي أن داره أو بستانه تصبح مكشوفة .

غرس الأشجار ـ لو كان نهر قوم يجري من بستان أحد وأراد صاحب البستان أن يغرس

---

(١) أي مأمور الطابو. (المعرب)

أشجاراً في أطراف النهر بصورة لا تضيق عروق الشجر مجرى النهر ولا توجب ضرراً بيناً جاز. (الفتاوى الجديدة).

فتح الكوة والباب ـ لكل أن يفتح كوة في حائطه للإستفادة من الهواء والضياء وليس لجاره أن يمنعه من ذلك بداعي أن الكوة مشرفة على بستانه أو مزرعته لأن فتح الباب والكوة هو تصرف في حائط الملك.

كذلك لو أراد أحد فتح باب ثان لداره الواقعة على الطريق العام فليس لأحد الأهالي منعه

كذلك لو بنى أحد حانوتاً لنفسه في عرصته وقف بإذن المتولي ولم يكن في ذلك ضرر لصاحب الدار المقابلة للحانوت فليس لصاحب تلك الدار منعه بقوله: لا أرضى بفتح حانوت مقابل داري (الأنقروي وفتاوي علي أفندي).

إتخاذ الدار بستاناً ـ إذا أراد أحد هدم داره واتخاذ عرصتها بستاناً لزرع الأخضار وغيرها فإذا كانت أرضها من الأراضي الصلبة ولا يحصل ضرر من الماء حين سقيها فليس لأحد منعه وإذا كانت أرضها رخوة ويتضرر الجيران من مائها عند السقي فللمتضرر منعه. أنظر المادة (١٩) «المجموعة الجديدة».

وكذلك لو جعل دكانه طاحوناً أو معصرة أو حماماً أو اصطبلاً (الأنقروي في مسائل الحيطان)

هدم الدار ـ لو كان لأحد دار في محلة معمورة وأراد هدمها ولم يكن في ذلك إي ضرر لجيرانه فليس للجيران منعه من هدم داره بداعي أنهم لا يريدون وجود ساحة مكشوفة في محلتهم، وإذا هدمها فليس لهم جبره على بنائها لأنه لا يجبر الإنسان على بناء ملكه (جامع الفصولين والأنقروي في الحيطان).

٣ ـ يتصرف باختياره، أي لا يجبر من قبل أحد على التصرف، وذلك لو احترقت محلة وبنى أصحاب الدور المحترقة دورهم مجدداً وبقيت عرصة لأحدهم فليس لأصحاب الدور جبر صاحب العرصة على بنائها بداعي أنهم لا يرضون بوجود دار خربة بين دورهم (البهجة) ما لم يكن ضرورة للإجبار على التصرف كما هو الحال في المواد (١٣١٧ و ١٣١٨ و ١٣١٩ و ١٣٢٠).

٤ ـ إذا لم يكن ضرر فاحش للغير، أما إذا كان في تصرفه ضرر فاحش للغير فيمنع في ذلك الحال. وقد عرف الضرر الفاحش في المادة (١١٩٩) وسيوضح هناك. لكن إذا تعلق حق الغير في ملكه أي حق شخص غير المالك فذلك يمنع المالك من تصرفه على وجه الإستقلال يعني ليس للمالك أن يتصرف تصرفاً مضراً بذلك الآخر ما لم يرض الآخر بذلك. أنظر المادة (٤٦) ونظير ذلك المرهون والمأجور مع أن المرهون هو ملك الراهن فيمنع الراهن من التصرف فيه بدون إذن المرتهن. أنظر المادتين (٧٤٣ و٧٤٤) كما يمنع المالك من التصرف في المأجور بدون إذن المستأجر. أنظر المادتين (٥٨٩ و٥٩٠). (البحر والهندية).

مثلاً: الأبنية التي فوقانيها ملك لواحد وتحتانيها ملك لآخر فبما أن لصاحب الفوقاني حق

القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني أي حق التستر والتحفظ من الشمس والمطر فليس لأحدهما أن يعمل عملاً مضراً بالآخر بدون إذنه (البحر). وكون الفوقاني ملكاً لصاحب الفوقاني والتحتاني ملكاً لصاحب التحتاني مما يجوّز تصرف أصحابها ولكن تعلق حق الغير مما يمنع هذا التصرف فإذا اجتمع المانع والمقتضى فقد جمع بينهما أي عمل بها معاً وذلك لصاحب الفوقاني أن يتصرف تصرفاً غير مضر لأن الفوقاني ملك له ولكن ليس له أن يتصرف تصرفاً مضراً لأن لصاحب التحتاني حقاً في ذلك، وكذلك لصاحب التحتاني أن يتصرف في التحتاني تصرفاً غير مضر لأن التحتاني ملك له ولكن ليس له التصرف تصرفاً مضراً لأن لصاحب الفوقاني حق في ذلك فلذلك ليس لصاحب التحتاني أن يفتح باباً وكوة مجدداً إذا كان ذلك مضراً بصاحب الفوقاني (البحر والطحطاوي).

قد قيل في هذا المثال: إذا كان مضراً، لأنه يوجد ثلاثة أحوال في التصرف الذي يتعلق به حق الغير:

الحال الأول ـ أن يكون مضراً حتماً ففي هذا الحال يمنع صاحب المال من التصرف في ماله وذلك أن يتصرف صاحب التحتاني في التحتاني بشيء يكون ضرره متيقناً للآخر كدق مسمار في الحائط من الخشب أو الحديد لتعليق أو ربط شيء وفتح كوة وباب وإحداث صاحب الفوقاني بناء طابق آخر مضراً بصاحب التحتاني وإحداث كنيف أو وضع جذوع فليس لهما التصرف بذلك وهذا هو المقصود في مثال المجلة، كما أنه ليس لصاحب التحتاني حفر بئر أو مخزن في ساحة الدار إذا كان ذلك مضراً بصاحب الفوقاني.

الحال الثاني ـ أن لا يكون مضراً حتماً ففي هذا الحال لا يمنع من التصرف كدق المسمار الصغير والوسط. ومعرفة الضرر من عدمه يعلم بإخبار شخصين لهما حذاقة وبصر في البناء قال تعالى: (فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون).

الحال الثالث ـ أن لا يكون معلوماً ضرره من عدمه وفي هذا الحال لا يجوز التصرف عند الأمام الأعظم وهو المختار. أما عند الامامين فجائز (رد المحتار والطحطاوي والهندية والتنقيح).

ولا أن يهدم بناء نفسه، أي ليس لصاحب الفوقاني هدم فوقانيه بدون رضاء صاحب التحتاني كما أنه ليس لصاحب التحتاني هدم تحتانيه بدون رضاء صاحب الفوقاني.

فإذا هدم صاحب الفوقاني فوقانيه بلا رضاء الآخر وطلب صاحب التحتاني إعادة البناء فالظاهر هو عدم إجبار صاحب الفوقاني على البناء لأن سقف التحتاني هو لصاحب التحتاني فلا يترتب ضرر لصاحب التحتاني فلذلك لا يجبر صاحب الفوقاني على البناء (التنقيح).

أما إذا هدم صاحب التحتاني تحتانيه بلا رضاء الآخر فيجبر صاحب التحتاني على البناء لأن الهدم قد أتلف حق الغير الملحق بملكه فيلزمه الضمان كما يلزمه الضمان في حال إتلاف مال الغير. أنظر المادة (٩١٢) فإنه يؤاخذ بالبناء لتفويته حقاً استحقه وليصل صاحب العلو لنصفه (رد

المحتار والواقعات وأبو السعود المصري والتنقيح).

فإذا هدم صاحب التحتاني تحتانيه فيجبر صاحب التحتاني على البناء كما وضح آنفاً. أما إذا هدم صاحب التحتاني تحتانيه وهدم الفوقاني بسبب ذلك فليس لصاحب الفوقاني إجبار الهادم على بناء الفوقاني بل لصاحب الفوقاني أن يطلب تضمين الهادم استناداً على المادة (٩١٨). أما إذا احترق التحتاني أو انهدم من نفسه فلا يجبر صاحب التحتاني على البناء لأنه لم يحصل تعد من صاحب التحتاني وفي هذا الحال إذا أراد صاحب الفوقاني بناء فوقانيه وامتنع صاحب التحتاني عن البناء فيعمل بموجب المادة (١٣١٥).

المادة (١١٩٣) - (إذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الشارع واحداً فصاحبا المحلين يستعملان ذلك الباب مشتركاً ولا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الدخول والخروج)

ليس لأحد الشريكين منع الشريك الآخر من الدخول والخروج من الباب المشترك حيث لا ضرر في ذلك. أنظر المادة (١١٩٧). ويتفرع عن ذلك مسائل:

١ - إذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الشارع واحداً ومشتركاً وكان الشريكان يستعملان ذلك الباب فصاحبا المحلين أي صاحب الفوقاني والتحتاني يستعملان ذلك الباب مشتركاً. أنظر المادة « ١٠٦٩» ولا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الدخول والخروج أي من الإستعمال على هذا الوجه، لأنه إذا منع تتعطل منافع الملك الذي منع صاحبه (معين الحكام).

مثلاً: ليس لصاحب التحتاني أن يقول لصاحب الفوقاني: بما ان التحتاني هو ملكي فلا أقبل أن تمر من الباب (علي أفندي).

٢ - إذا اشترى أحد غرفة من الدار فليس للبائع أن يقول للمشتري: إفتح لغرفتك التي اشتريتها باباً ويمنعه من الدخول من باب الدار (معين الحكام).

٣ - إذا كان باب الدور التي يملكها زيد وأخته هند متصلاً بدار زيد فليس لزيد أن يمنع استعمال الباب المذكور بداعي أن زوج هند غير محرم ودفع الكشف على زيد (أبو السعود العمادي).

المادة (١١٩٤) - (كل من ملك محلاً يملك ما فوقه وما تحته أيضاً. يعني من يملك عرصة يقتدر على أن يتصرف فيها بإنشاء الأبنية التي يريدها وأن يعليها بقدر ما يريد وأن يحفر أرضها ويبني مخزناً وأن يحفر بئراً عميقة كما يشاء)

كل من ملك محلاً يملك ما فوق ذلك المحل إلى السماء وما تحته أيضاً إلى الثرى إذا لم يكن ما فوقه وما تحته ملكاً للغير.

فلذلك إذا كان الفوقاني لأحد والتحتاني لآخر على الوجه المبين في المادة (١١٩٢) فليس لصاحب الفوقاني أن يقول استناداً على هذه المادة: إنني مالك ما تحت أيضاً كما أنه ليس لمالك التحتاني أن يقول: إني مالك ما فوق أيضاً وليس لأحدهما منع الآخر من التصرف. مثلاً: لو كان لأحد غرفة فوق الحانوت الذي يملكه آخر فاحترق الحانوت والغرفة وبنى صاحب الحانوت حانوته وأراد صاحب الغرفة بناء غرفته حسب وضعها القديم فليس لصاحب الحانوت منعه (الفيضية) يعني يقتدر كل من يملك عرصة أن ينشيء فيها ما يريد من البناء وأن يعليه بقدر ما يريد وأن يحفر أرضها كما يرغب وينشئ مخزناً وأن يحفر بئراً بالعمق الذي يريده (الخانية في الصلح) والمادتان (١١٩٥ و١١٩٦) الآتيتا الذكر هما فرعان لهذه المادة. ويوضح ذلك على الوجه الآتي:

١ ـ إنشاء الأبنية ـ مثلاً: لو أراد أحد إنشاء خان في عرصته فليس للجار الذي له دار قرب العرصة أن يمنعه من ذلك مع عدم وجود ضرر له. كذلك لو أراد أحد إنشاء دار في عرصته فليس لجاره منعه من ذلك عند عدم وجود الضرر بداعي أن الدار التي ستنشأ قريبة من داره فيسمع الصوت منها. أنظر المادة (١١٩٢). (علي أفندي)

٢ ـ أن يعليها بقدر ما يشاء، مثلاً لو أراد أحد أن ينشئ داراً في عرصته الملك وكان ذلك غير مضر بجاره فليس للجار منعه من البناء بداعي أنه يمنع الهواء عنه (علي أفندي).

٣ ـ حفر بئر بالعمق الذي يريده، مثلاً لو أراد أحد حفر بئر في عرصته فليس لجاره أن يمنعه من حفر البئر بداعي أنها تجذب ماء بئره. أنظر المادة (١١٩١)

المادة (١١٩٥) ـ (ليس لأحد أن يبرز رفراف غرفته التي أحدثها في داره على دار جاره فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على تلك الدار)

ولو كان ذلك غير مضر **بجاره لأن علو الدار المذكورة حتى السماء هو ملك لجاره** حسب المادة (١١٩٤) ولا يجوز التصرف في ملك الغير بلا إذنه. أنظر المادة (٩٦).

فإن أبرزه يقطع القدر الذي جاء على تلك الدار ويفرغ هواء دار جاره على هذا الوجه (علي أفندي).

ويشار بتعبير «التي أحدثها» بأنه إذا كان الرفراف مبرزاً من القديم لا يقطع. أنظر المادة السادسة، وذلك لو كان رفراف بيت أحد ممتداً على عرصة آخر من القديم بحق وكان ماؤه يسيل على العرصة المذكورة فليس لصاحب العرصة أن يقطع الرفراف المذكور بداعي أنه يريد بناء غرفة في العرصة (علي أفندي).

المادة (١١٩٦) ـ (إذا امتدت أغصان شجر بستان أحد إلى دار جاره أو

بستانه فللجار أن يكلفه تفريغ هوائه بربط الأغصان وجرّها إلى الوراء أو قطعها. ولكن لا تقطع الشجرة بداعي أن ظلها مضر بمزروعات بستان الجار)

إذا امتدت أغصان شجر بستان أحد إلى جاره أو إلى مزرعته فيفرغ هواء الجار بأهون الطرق الممكنة على صاحب الشجر وذلك:

١ ـ للجار أو لورثته في حال وفاته أن يطلب ربط الأغصان وجرها إلى الوراء إذا كان ممكناً، وفي هذا الحال أي إذا كان ممكناً ربط الأغصان وجرها إلى الوراء بدون حاجة للقطع فلا تقطع يعني ليس للجار قطعها بالذات كما أنه ليس له مراجعة القاضي وطلب الإجبار على قطعها أما إذا كان ممكناً جر بعض الأغصان بربطها وغير ممكن جر البعض الآخر فيزال الضرر بجر ممكن الجر وقطع الأغصان الغير الممكن جرها. أنظر المادة (٢٠) وإذا قطع الجار الأغصان في هذا الحال فيضمنها (الخانية).

٢ ـ للجار أو لوارثه في حال وفاته أو للمشتري أن يطلب تفريغ هوائه بقطع الأغصان إذا كانت الأغصان سميكة وغير ممكن جرها بالربط (علي أفندي والخانية). أنظر المادة (١٤٩٠).

واللائق في هذا الحال أن يراجع الجار صاحب الشجر وأن يطلب منه قطع الأغصان بنفسه أو أن يأذنه بقطعها فإذا امتنع عن إجابة طلبه يراجع القاضي ويطلب منه الحكم بذلك.

وإذا قطعها في هذه الصورة بدون مراجعة القاضي فينظر: فإذا قطعها من موضع يأمر القاضي بالقطع منه فيما لو روجع القاضي في ذلك أي أن القطع في الأعلى أو الأسفل لم يكن أنفع في حق صاحب الشجر فلا ضمان على الجار، ولكن في هذا الحال ليس للجار الرجوع على صاحب الشجر بمصاريف القطع (علي أفندي) ولو كان مجبوراً لتفريغ هوائه لأنه كان للجار أن يراجع القاضي وأن يجبره على القطع بحكم القاضي. أنظر شرح المادة (٧٥٢). أما إذا كان صاحب القاضي غائباً وغير ممكن إجباره فيأمر القاضي الجار بقطع الأغصان فإذا قطعها الجار بناء على أمر القاضي فيرجع على صاحب الشجر بمصرف القطع. أما إذا لم يكن في البلدة قاض وقطعها الجار على ذلك الوجه فله الرجوع على صاحب الشجر بمصاريف القطع.

أما إذا قطعها من موضع لو قطع أعلى أو أسفل منه لكان في ذلك منفعة لصاحب الشجر فيضمن الجار لأن الجار في هذا الحال متعد في القطع ومتعنت ومفوت لمنفعة جاره من غير ضرورة (الخانية وحاشية جامع الفصولين).

وإذا اشترى الجار البستان المذكور من ذلك الشخص وكانت الأغصان حين الشراء مدلاة من بستان الجار على البستان المبيع فتقطع الأغصان ولا يقاس على المادة (١١٧١) وذلك لو باع أحد بستاناً لآخر وكان حين الشراء للبائع بستان آخر متصل بالبستان المبيع مدلاة أغصان شجره على البستان المبيع فللمشتري ولوارثه بعد وفاته أن يطلب جر الأغصان المذكورة أو قطعها (جامع الفصولين).

وقد ذكر شرحاً بأنه إذا توفي الجار فلوارثه حق القطع كما أنه لو باع الجار البستان حال كون الأغصان متدلية عليه فللمشتري حق قطعها لأن المشتري قد قام مقام البائع والحق الذي يملكه البائع قد ملكه المشتري (الأنقروي في مسائل الحيطان والتنقيح).

وقوع الصلح على ترك الأغصان: إذا تصالح صاحب الشجر مع الجار على أن تبقى الأغصان على حالها مقابل بدل معلوم فالصلح غير جائز، وفي هذا الحال للجار رد بدل الصلح وطلب قطع الأغصان. أما الصلح على ترك الظلة فجائزة وذلك لو أخرج أحد من داره شرفة على الطريق الخاص وأراد أصحاب الطريق المذكورة الصلح معه على بدل معلوم مقابل ترك الشرفة المذكورة فالصلح صحيح ويسقط حق خصومتهم (الخانية).

أما إذا كانت أغصان الشجرة غير متدلية على ملك الجار فلا تقطع بداعي أن ظلها مضر بمزروعات بستان الجار حيث لم يشغل هواء جاره وكانت الشجرة في ملكه فلا يلزم إزالة مثل هذا الضرر. كذلك لو كان ظل الشجرة المغروسة في أرض أميرية جارية في تصرف أحد مضراً بمزروعات أرض أميرية أخرى جارية في تصرف آخر فليس لصاحب الأرض المذكورة قطع تلك الشجرة. «فتاوى أبي السعود».

المادة (١١٩٧) - (لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير وفي هذه الحالة يفصل في الفصل الثاني)

لا يمنع أحد من التصرف في ملكه الخالص (التنوير في مسائل شتى القضاء). والملك المقصود هنا هو أعم من ملك الرقبة وملك المنفعة فيدخل في ذلك العقارات الموقوفة للسكنى أو للاستغلال «الحموي».

يوجد فرق بين هذه المادة وبين المادة (١١٩٢) وذلك أن هذه المادة هي في حق ملك أحد الخالص أي في حق التصرف في الملك الذي ليس لأحد حق التصرف فيه مطلقاً. أما المادة (١١٩٢)فهي في حق التصرف في الملك الذي لآخر حق فيه لأن السفلي مثلاً وإن كان ملكاً لصاحبه إلا أن لصاحب العلوي حق القرار فيه فلذلك إذا هدم صاحب السفلي السفلي فيجبر على إعادة بنائه كالأول (رد المحتار في آخر القضاء).

ويتفرع على هذه المادة بعض مسائل وهي:

المسألة الأولى - لو أحدث أحد طاحوناً في الأرض التي يتصرف فيها بموجب سند طابو بإذن من صاحب الأرض[1] فليس للآخر الذي له طاحون بقرب تلك الطاحون سد الطاحون المذكورة بداعي أن إحداث الطاحون المذكورة قرب طاحونه يوجب كساد طاحونه (علي أفندي).

---

(١) أي مأمور الطابو الذي ينصب من الحكومة (المعرّب)

المسألة الثانية ـ إذا اشتغل أحد في التجارة بالبيع والشراء في الحانوت الكائن تحت داره فليس لأصحاب الدور المجاورة للحانوت المذكور سد حانوته بداعي أن الذين يأتون للبيع والشراء إلى حانوته يرون نساءهم حين خروجهن من البيت (علي أفندي).

المسألة الثالثة ـ إذا حفر أحد بئراً في أرضه الملك وجذب ماء بئر جاره فليس لجاره أن يمنعه من حفر بئره (الفتاوى الجديدة). أنظر شرح المادة (١١٩٤).

ما لم يكن ضرر فاحش للغير من تصرف صاحب الملك في ملكه ففي تلك الصورة يمنع من التصرف كما سيفصل ذلك في الفصل الثاني الآتي الذكر.

وإذا حصل اشتباه في حصول الضرر الفاحش من عدم حصوله أي كان مشكلاً فيمنع أيضاً من التصرف كما ذكر محشيّ الأشباه. وقد مر في شرح المادة (١١٩٢) تفصيل ذلك. أما صاحب رد المحتار فقد ذكر في مبحث مسائل شتى القضاء أن المنع يكون في صورة وجود الضرر البين وأنه لا يمنع فيما إذا كان الضرر مشكلاً وغير بين.

ولنبادر إلى إيضاح فقرة «ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير» وذلك أن في تصرف الإنسان في ملكه حكمين: أولهما حكم قياسي فبحسب القياس لا يمنع أحد من التصرف في ملكه سواء كان في ذلك ضرر فاحش للغير أو كان ضرر غير فاحش أو ليس فيه أي ضرر لأن ذلك الإنسان إنما يتصرف في ملكه الخاص. والرواية الظاهرة هي على الوجه المذكور، وقد رجح هذا الرأي بعض العلماء كابن الشحنة وابن الهمام. وعلى هذا القول لا يمنع أحد من التصرف في ملكه بسبب الضرر الفاحش الوارد ذكره في المادة (١٢٠٠).

ثانيهما: حكم استحساني، فبحسب هذا الحكم يمنع الإنسان من التصرف في ملكه إذا كان في ذلك ضرر فاحش للغير. أما إذا لم يكن الضرر فاحشاً فلا يمنع سواء كان تصرفه غير مضر مطلقاً أو كان مضراً ضرراً غير فاحش. وهذا القول هو قول الإمام أبي يوسف وقد اختاره مشايخ بلخ، وبما أن مشايخ الإسلام في الدولة العثمانية من عهد شيخ الإسلام أبي السعود العمادي إلى هذا الآن قد أفتوا بمذهب الإمام أبي يوسف فقد اختارت المجلة هذا القول.

ويفهم من قول المجلة «الضرر الفاحش» أنه إذا لم يكن الضرر فاحشاً لا يمنع فكأنه إذا وسع أمر المنع على كل ضرر أي بأن شمل الضرر الفاحش والغير الفاحش يوجب ذلك انسداد باب إمكان انتفاع الإنسان في ملكه.

مثلاً لو كان لأحد شجرة مملوكة له في بستانه وكان جاره ينتفع بظلها وأراد صاحبها قطعها فليس لجاره أن يمنعه من قطعها بداعي حرمانه من ظلها (رد المحتار وفتح القدير والطحطاوي في مسائل شتى القضاء).

الفصل الثاني

في حق المعاملات الجوارية

إن المسائل التي بينتها المجلة في هذا الفصل قد ورد ذكرها في الكتب الفقهية تحت عنوان (كتاب الحيطان)، و(باب فيما يمنع عنه الإنسان ومالا) تحت عنوان (مسائل شتى في كتاب القضاء)

المادة (١١٩٨) - (لكل أحد التعلّي على حائطه الملك بقدر ما يريد وأن يعمل أي شيء أراده وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرر فاحش)

لكل أحد التعلي على الحائط المملوك له مستقلاً بقدر ما يشاء وأن يعمل أي شيء أراده أنظر المادتين (١١٩٢ و١١٩٤). يعني له أن يفتح نافذة في الحائط ولو كانت الجهة الأخرى من ذلك الحائط أي المحل الذي تطل عليه النافذة غير مملوك لصاحب الحائط حتى أنه لو تصرف أحد في ملكه وحائطه على هذا الوجه وفتح فيه باباً وشباكاً فمانعه جاره من ذلك فأعطى جاره نقوداً وتصالح معه على أنه لا يتعرض للباب والشباك اللذين فتحهما فالصلح باطل لأن أخذ الجار المذكور النقود كان مقابل الكف عن منع الجار من الإنتفاع في ماله فأصبح بدل الصلح مأخوذاً مقابل الكف عن الباطل مع أن الكف عن الباطل واجب ولازم بلا بدل. كذلك لو أخذ أحد من جاره بدل صلح على أن لا يفتح نافذة أو على أن يسد النافذة التي فتحها فالصلح غير صحيح لأن إعطاء الجار نقوداً للآخر هو للامتناع عن التصرف في ماله فهو باطل (الخانية).

وعلى ذلك فليس لصاحب الساحة أن يمنع فتح الكوة إلا أنه لصاحب الساحة أيضاً أن يبني في ساحته حائطاً يسدّ بها الكوة وليس لصاحب الكوة منعه (فتح القدير).

كذلك لو كان ماء دار أحد يسيل من القديم على سطح دار جاره الواطئ فأراد الجار إعلاء سطحه أو بناء طابق فوق فله ذلك بشرط أن لا يخل ذلك بمجرى مياه جاره وليس لجاره منعه من الإعلاء (التنقيح).

وليس لجاره منعه ما لم يكن في ذلك الضرر الفاحش المبين في المواد الآتية. أنظر المادة (١١٩٧). فلذلك ليس للجار أن يمنعه من تعلية جداره بداعي أن تعلية الجدار تمنع نظارة داره أو يمنع دخول الشمس إلى داره أو يمنع جريان الهواء فيها.

كذلك لو كان لإثنين داران تحت سقف واحد من القديم وأراد أحدهما نقض السقف وبناء سقف مستقل لداره فلا يجوز له ذلك أي أن للآخر منعه. أما إذا كان للدارين سقفان في السابق أي لكل دار سقف على حدة فليس للآخر منعه. أما إذا اختلفت في هذه المسألة في القدم والحدوث فبينة القدم أولى.[1] و[2]

---

(١) قد ذكر في المادة (١٧٦٠) أن بينة الحدوث أولى فلذلك اقتضى الفرق بين المسألتين.

(٢) ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا (الخانية في باب الحيطان وفتح القدير في مسائل شتى من كتاب القضاء).

المادة (١١٩٩) - (ما يضر البناء أي يوجب ويسبب انهدامه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى هو ضرر فاحش)

ما يضر البناء أي يوجب وهنه وضعفه ويسبب انهدامه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو من ملك أو شيء آخر هو ضرر فاحش.

وفي هذه المادة ثلاثة ضوابط في حق الضرر الفاحش، وسنذكر كل ضابط منها على حدة ويوضح بتفريع مسائل عنه.

والضرر الفاحش هو ما يكون سبباً للهدم أو يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية كسدّ الضوء. (التنقيح).

الضابط الأول - كل شيء يوجب وهن البناء هو ضرر فاحش، ويتفرع عن ذلك مسائل:

المسألة الأولى: إذا أحدث أحد حفرة في اتصال حائط جاره لوضع الأقذار فيها وكان امتصاص الماء موجباً وهن الحائط ومضراً به فإذا كان ممكناً إزالة الضرر بتشييدها بالكلس والإسمنت فيؤمر بإزالة ضرره على الوجه المذكور، وإذا كان غير ممكن إزالة الضرر بذلك أو امتنع عن إزالة الضرر على ذلك الوجه فيؤمر برفع الحفرة وسدها (التنقيح).

ولكن إذا انهدم الحائط قبل إدعاء الجار إزالة الضرر واستحصال الحكم بذلك فلا ضمان على صاحب الحفرة لأن صاحب الحفرة قد حفر حفرة في ملكه فهو متسبب غير متعدّ. أما إذا تقدم الجار على الوجه المبين في المادة (٩٢٨) وطلب إزالة ضرر امتصاص الماء وانهدم الحائط بعد ذلك فيلزم الضمان (رد المحتار). وفيه أن الضمان بالإشهاد. التقدم إنما هو فيما يضر بالنفوس أما فيما يضر بالأموال فقط فلا كما تقدم في شرح المادة (٩٢٨). اللهم إلا أن يقال صح التقدم بأحكام البناء إذا انهدم قد يفضي إلى تلف النفس.

المسألة الثانية - إذا استأجر أحد حانوتاً للصباغة واتخذ محلاً فيه لدق الثياب وكان ضرر فاحش على دار الجار من الدق الشديد يوجب وهن بنائها فيمنع.

المسألة الثالثة - إذا اتخذ أحد داره معملاً للنسيج وكان من دق العمال أثناء النسيج ضرر فاحش على حائط الجار يوجب وهنه فيمنع (التنقيح).

المسألة الرابعة - لو اتخذ أحد محله بستاناً متصلاً بدار جاره وحصل وهن أثناء السقي في حائط جاره فيمنع إذ يجب عليه أن يتباعد أثناء السقي عن حائط جاره بصورة لا تضر الحائط، ولا يمكن تحديد ذلك بمقدار معين (التنقيح).

المسألة الخامسة - إذا أحدث أحد محلاً للحدادة أو النجارة أو طاحوناً قرب دار وكان ضرب الحديد أو القيام بأعمال النجارة أو دوران الطاحون يوجب وهن بناء تلك الدار فيزال الضرر على ما جاء في المادة (١٢٠٠)

المسألة السادسة ـ إذا أحدث أحد في عرصته المتصلة بدار آخر قناة وأجرى منها الماء لطاحونه وحصل من جراء ذلك وهن في حائط جاره، أو اتخذ أحد مزبلة في جانب حائط جاره وألقى الأوساخ فيها وأوجب ذلك ضرر الحائط فلصاحب الحائط أن يطلب إزالة الضرر.

الضابط الثاني ـ كل شيء يسبب انهدام البناء ضرر فاحش ويتفرع عن ذلك مسألتان:

المسألة الأولى ـ إذا كوّم أحد تراباً في عرصته المتصلة بحائط جاره ووضع فوق ذلك آجراً فحصل لحائط جاره وهن أوجب انهدامه فيضمن جاره. أنظر المادة (٩١٨).

المسألة الثانية ـ إذا كانت داران متلاصقتان معدّتين للسكنى في السابق فاتخذ أحد صاحبي الدارين غرفة متصلة بدار جاره اصطبلاً لحيواناته وكان في ذلك ضرر لجاره فينظر: فإذا كان وجه الحيوانات متوجهاً لجهة الدار فلا يمنع وإذا كانت أرجلها متوجهة لجهة الجار فيمنع. وإذا خرّبت الحيوانات حائط الجار بحوافرها فلايلزم ضمان على رأي البعض على صاحب الحيوانات حسب المادة (٩٢٩)، لأنه لو وجب ضمان للزم الضمان تسبباً حسب المادة (٩٢٢) والحال أنه يشترط التعدي في لزوم الضمان في التسبب. أنظر المادتين (٩٢ و٩٤): (التنقيح وواقعات المفتين وجامع الفصولين).

الضابط الثالث ـ الذي يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من مال والذي يخرجه من الانتفاع بالكلية ضرر فاحش: ويتفرع عن ذلك مسألتان وهما:

المسألة الأولى ـ إن الأمور التي توجب الإخلال في دوران الطاحون أو تقطع الريح عن البيدر أو عن طاحون الهواء والتي توجب إيذاء المصلين في الجامع أو توجب إيذاء السكان في الدار بصورة لا يستطاع السكنى فيها ضرر فاحش.

المسألة الثانية ـ إفساد ماء البئر هو ضرر فاحش على ما جاء في المادة (١١١٢)

المادة (١٢٠٠) ـ (يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان. مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون وكان يحصل من طرق الحديد ودوران الطاحون وهن لبناء تلك الدار أو أحدث فرن أو معصرة بحيث لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان أو الرائحة الكريهة فهذا كله ضرر فاحش فتدفع هذه الأضرار بأي وجه كان وتزال. وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر وشق فيها قناة وأجرى الماء منها لطاحونه فحصل وهن لحائط الدار أو اتخذ أحد في أساس جدار جاره مزبلة وألقى القمامة عليها فأضر بالجدار فلصاحب الجدار طلب دفع الضرر، وكذلك لو أحدث أحد بيدراً في قرب دار

آخر وتأذى صاحب الدار من غبار البيدر بحيث أصبح لا يستطيع السكنى في الدار فيدفع ضرره، كما أنه لو أحدث أحد بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسد مهب الريح فيزال لأنه ضرر فاحش. كذلك لو أحدث أحد مطبخاً في سوق البزازين وكان دخان المطبخ يصيب أقمشة ويضرها فيدفع الضرر. وكذلك لو انشق بالوع دار أحد وجرى إلى دار جاره وكان في ذلك ضرر فاحش فيجب تعمير البالوع المذكور وإصلاحه بناء على دعوى الجار)

يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان. أنظر المادة (٢٠) ويشار بهذا التعبير إلى لزوم دفع وإزالة الضرر الفاحش كاملاً عن المتضرر كما أنه يفيد استعمال الأهون في حق المحدث للضرر فيدفع الضرر بالوجه الذي يريده محدث الضرر وذلك لو أحدث أحد نافذة مطلة على مقر نساء آخر فيجبر على وضع ستار من الخشب لمنع النظر عن مقر النساء ولا يجبر على سد النافذة في كل حال كما هو مبين في المادة (١٢٠٢).

كذلك قد ذكر في شرح المادة الآنفة الذكر في المسألة الأولى من الضابط الأول أنه إذا اتخذ أحد حفرة قرب حائط جاره لوضع الأوساخ فيها فحصل ضرر للحائط من امتصاص ماء الأوساخ فإذا كان ممكناً إزالة الضرر كاملاً بتشييدها بالكلس والإسمنت فيزال الضرر على ذلك الوجه ولا يجب ردم الحفرة على كل حال.

مسائل متفرعة على ذلك:

المسألة الأولى ـ مثلاً لو اتخذ أحد دكان حداد أو نجار أو طاحوناً في جوار دار آخر بعد إنشاء تلك الدار فحصل من طرق الحديد أو من شغل النجارة أو من دوران الطاحون وهن لبناء تلك الدار أو أحدث بجوار الدار المذكورة فرناً دائماً كفرن السوق أو أحدث معصرة أو مصبنة بحيث لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ومن الرائحة الكريهة أو اتخذ أحد دكان حلاج متصلة بدار آخر وكان صاحب الدار لا يستطيع السكنى فيها من صوت الحلج فلكل ذلك ضرر فاحش يدفع ويزال بأي وجه كان لأن بعض هذه الأضرار يوجب وهن البناء وبعضها يوجب منع الحوائج الأصلية من السكنى في الدار (الطحطاوي في مسائل شتى من القضاء، والأنقروي في الحيطان).

وقد أشير شرحاً بأن المقصود من الفرن هو الفرن الدائمي أو فرن السوق، أما الفرن الذي يتخذ خصيصاً للدار فهو جائز (رد المحتار على البزازية).

المسألة الثانية ـ كذلك لو نصب أحد منوالاً لاستخراج الحرير وكان في ذلك ضرر للجيران من الدخان ومن رائحة الديدان يمنع (علي أفندي عن القنية).

المسألة الثالثة ـ إذا اتخذ أحد داره حماماً وحصل ضرر فاحش للجيران من دخانه يمنع ما لم يكن دخان الحمام بقدر دخان الجيران (الهندية).

أما إذا كان الحمام يجلب رطوبة لجابية الجار فلا يعد ذلك ضرراً فاحشاً ولا يمنع لأنه يمكن لجاره أن يبني حائطاً بين ملكه وبين الحمام، وصحح النسفى في الحمام أن الضرر لو كان فاحشاً يمنع وإلا فلا (رد المحتار).

المسألة الرابعة ـ إذا بنى أحد مطبخاً قرب دار أحد القديمة وكان دخان المطبخ يدخل إلى دار صاحب الدار فيدفع إذا كان الضرر فاحشاً (أبو السعود المصري).

المسألة الخامسة ـ إذا أنشأ أحد مسلخاً في قرب أحد المساجد وتأذى المصلون من رائحة الحيوانات المذبوحة ومن أرواثها الكريهة فإذا أعلم القاضي ذلك يمنعه (علي أفندي).

المسألة السادسة ـ إذا استمر أحد في إجراء الدباغة في داره وتأذى الجيران يمنع أما إذا أجرى هذه الصنعة نادراً فلا يمنع (الدر المختار).

المسألة السابعة ـ إذا زرع أحد رزاً في مزرعته وتجاوزت المياه إلى مزرعة الجار فأفسدتها يمنع، وكذلك لو اتخذ أحد داره الواقعة في طريق غير نافذ زريبة للأغنام وتأذى الجيران من رائحة الروث ومن عدم الأمان من الرعاة يمنع (الخانية).

المسألة الثامنة ـ إذا كان الطابق السفلي من دار مملوكاً لأحد والعلوي منها مملوكاً لآخر فأسكن صاحب العلوي حيوانات في داره فسالت أبوالها إلى الطابق السفلي وكان في ذلك ضرر فاحش على صاحب السفلي يمنع (علي أفندي).

المسألة التاسعة ـ إذا أحدث أحد في عرصته المجاورة لدار آخر مجرى وأجرى الماء إلى طاحونه فحصل وهن في بناء الحائط أو اتخذ أحد في عرصته المملوكة مزبلة في أساس جدار داره وألقى القمامة عليها أو كوم التراب فيها وتضرر الحائط فلصاحب الحائط أن يطلب دفع ضرره (علي أفندي).

قيل شرحاً «في عرصته المملوكة» لأنه إذا كان المحل المتخذ مزبلة مالا لجاره فيمنع حسب المادة (٩٠٩) ولو لم يكن للحائط ضرر منه.

المسألة العاشرة ـ إذا اتخذ أحد أصحاب الطريق الغير النافذ مزبلة في أساس حائط جاره وكان في ذلك ضرر فاحش يمنع (التنقيح).

المسألة الحادية عشرة ـ وكذلك لو أحدث أحد بيدراً قرب دار أحد وكان غبار البيدر يؤذي صاحب الدار مما يجعله بدرجة لا يستطيع السكنى في الدار فيدفع ضرره (علي أفندي).

المسألة الثانية عشرة ـ لو غرس أحد في عرصته القريبة من مجرى ماء طاحون الآخر أشجاراً

وكانت عروق الأشجار تضيق المجرى ويحدث لصاحب الطاحون ضرراً بيناً فلصاحب الطاحون أن يطلب دفع ضرره .

المسألة الثالثة عشرة ـ كذلك لو أحدث أحد بناء مرتفعاً قرب بيدر أحد ولو كان البناء في عرصته المملوكة وسد مهب الريح عن البيدر فيرفع حيث أنه ضرر فاحش (علي أفندي).

المسألة الرابعة عشرة ـ لو أحدث أحد غرفة مرتفعة قرب طاحون الهواء وسد مهب الريح عن الطاحون فلصاحب الطاحون طلب رفع ضرره (البهجة والتنقيح).

المسألة الخامسة عشرة ـ إذا أحدث أحد مطبخاً في سوق البزازين[1] وكان دخان المطبخ يصيب أقمشة جاره يدفع الضرر (علي أفندي).

المسألة السادسة عشرة ـ لو أحدث أحد طاحوناً في الجهة التي يمر منها ماء طاحون الآخر القديمة فشحت المياه عن الطاحون القديم واختل دورانها فيدفع الضرر لأنه ضرر فاحش (علي أفندي) .

المسألة السابعة عشرة ـ وكذلك لو انشق بالوع دار أحد وسال في دار الجار فيجب تعمير وإصلاح البالوع بناء على دعوى الجار لكونه ضرراً فاحشاً .

المسألة الثامنة عشرة ـ إذا انشق النهر الجاري في أراضي قوم وخرّب بعض أراضي أصحاب الأراضي فيلزم على أصحاب النهر إصلاح النهر ولكن لا يجب عليهم إصلاح وتعمير الأراضي التي خربت على هذا الوجه (التنقيح).

المسألة التاسعة عشرة ـ إذا خرب البالوع الذي أحدثه عدة أشخاص تحت الطريق العام واندفعت منه الأقذار إلى الطريق وتأذى المارة فللمارة أن يكلفوا أصحاب البالوع بإصلاحه أو أن يمتنعوا من إسالة أوساخهم (علي أفندي). والمقصد من القديم هنا أن يكون ظهور الحال الموجب للضرر وقع قبلاً وظهور الضرر وقع مؤخراً وثانياً وهذه المسألة تتضح بالرجوع إلى المادة (١٢٠٧).

المسألة العشرون ـ لو أحدث أحد قرب مجرى ماء الطاحون القديم مجرى لطاحونه فقطعت المياه ومنعت دوران طاحونه فيمنع الضرر حيث أنه فاحش (علي أفندي).

وتصوير الحال الموجب للضرر الفاحش في هذه المسائل في المجلة بصورة الضرر الحادث هو أنه لو كان الضرر المذكور قديماً فلا يمنع وذلك لو كان لأحد عرصة قريبة من دكان حداد فأنشأ فيها داراً فليس له منع الحداد من الإشتغال بصنعته بداعي أن بناء داره يضعف من طرق الحديد. أنظر المادة (١٢٠٧).

---

(١) البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أوالخز (رد المحتار في متفرقات المضاربة)

المادة (١٢٠١) - (منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد هواء دار أو نظارتها أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش. لكن سد الهواء بالكلية ضرر فاحش فلذلك إذا أحدث أحد بناء فسدّ به نافذة غرفة جاره التي لها نافذة واحدة فصارت مظلمة بحيث لا يستطاع قراءة الكتابة من الظلمة فيدفع الضرر حيث أنه ضرر فاحش، ولا يقال فليأخذ الضياء من بابها لأن باب الغرفة يحتاج إلى غلقه من البرد ولغيره من الأسباب وإن كان لتلك الغرفة نافذتان فسدّت إحداهما باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً)

منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد هواء دار أو نظارتها أو منع دخول الشمس إلى دار أو تقليل ضياء دار ليس بضرر فاحش لأنها من الحوائج الزائدة. أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (١١٦٢). وقد بين سببه في شرح المادة (١١٧).

سؤال - إذا لم يكن ذلك ضرراً فاحشاً فهو ضرر على كل حال، وبما أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام حسب ما ورد في الحديث الشريف فكان من المقتضى دفع هذا الضرر بموجب المادة التاسعة عشرة من المجلة.

الجواب - إن هذا الحديث الشريف عام مخصوص فلذلك لا يتضمن نفي كل ضرر حيث يوجد أضرار كثيرة لا يكلف الباعث لها برفعها وذلك إذا طبخ أحد في بيته أطعمة وكانت رائحتها تنتشر إلى جيرانه الفقراء فتضرروا من ذلك ولا سيما المرضى منهم فلا يمنع ذلك الشخص من طبخ طعامه للضرر المذكور، وكثير من الأضرار لا تنتفى بل واقعة. (فتح القدير في مسائل شتى من كتاب القضاء).

كذلك لو أنشأ أحد مجدداً في داره فرناً كالأفران الصغيرة المعتاد إنشاؤها في الدور لا يمنع (الطحطاوي في متفرقات القضاء).

كذلك لو أنشأ أحد داراً في ملكه فقلل بناء الدار نصف ضياء نوافذ دار جاره بحيث تمكن قراءة الكتابة فليس لصاحب الدار منعه من هذا التصرف. أنظر المادة (١١٩٢).

كذلك لو خربت طاحون أحد التي كانت تدار بحصان بضع سنين ثم عمرها وأراد تشغيلها وكانت دار جاره بعيدة ولا ضرر عليه فليس لصاحب الدار منع صاحب الطاحون من تشغيل طاحونه بداعي أنه يتأذى من صوت الطاحون (البهجة).

أما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش والمقصود من سد الضياء بالكلية أي سده بصورة لا تمكن قراءة الكتابة فيها من الظلمة (التنقيح).

فلذلك إذا أحدث أحد بناء فسدّ به نافذة غرفة جاره التي لها نافذة واحدة سواء كانت تلك

النافذة ملكاً أو وقفاً كغرفة مدرسة فصارت مظلمة أو كان للغرفة نافذتان فسدهما بحيث لا يستطاع قراءة الكتابة أو تحرير كتاب من الظلمة فيدفع لأنه ضرر فاحش ولو كان ضياء تلك النافذة آتياً من جهة دار جاره ولذلك لو كانت دار أحد مبنية في عرصة منخفضة وكانت الدار المتصلة بها مرتفعة عن سطح تلك الدار وكانت نافذة الطابق العلوي من الدار المنخفضة تأخذ ضوؤها من القديم من سطح الدار المرتفعة فعلّى صاحب الدار المرتفعة بناءه وسد ضياء الغرفة المذكورة بحيث لا يستطاع قراءة الكتابة فيدفع الضرر (التنقيح والفيضية).

ولا يقال: فليأخذ الضياء من الباب لأنه محتاج لغلق باب غرفته من البرد ولغيره من الأسباب

ولكن إذا كان ممكناً فتح نافذة جديدة في الغرفة في موضع آخر وإذا فتحت النافذة المذكورة يحصل الضياء منها فهل يقال له: إفتح نافذة أخرى وأزل الضرر عن نفسك.

قد بين في شرح المادة الآتية أن من يوقع ضرراً مجبور أن ينشئ في ملكه ويزيل الضرر فلذلك لا يقال لصاحب الغرفة: إفتح نافذة في ذلك الموضع؟

ومع ذلك إذا كان بناء من أحدث البناء هو لقطع نظارة النافذة التي أحدثها الجار المطلة على مقر النساء فلا يمنع وذلك لو أحدث أحد نافذة مطلة على مقر نساء أحد فأنشأ الجار بعد مدة حائطاً مرتفعاً في عرصته فقطع نظارة جاره فلا يمنع من ذلك بداعي أنه منع ضياء نافذة الجار (البهجة).

وإذا كان للغرفة نافذتان وسدت إحداهما بإحداث البناء على ذلك الوجه وكان يحصل ضياء من النافذة الأخرى بدرجة يستطاع معها قراءة الكتابة فلا يعد ضرراً فاحشاً (التنقيح).

ويجب أن لا يفهم من لفظة «الإحداث» الواردة في هذه المادة وجوب المنع بعد الإحداث والإنشاء إذ أنه إذا كان مثل هذا الضرر متعيناً قبل الإحداث فيمنع ويؤمر بعدم إحداثه وذلك لو أراد أحد بناء طابق علوي على دار وكان متعيناً بإنشاء الطابق المذكور حصول ضرر لجاره بحصول ظلمة عظيمة فيه فلجاره منع صاحب الدار من البناء على الوجه المشروح (البهجة).

المادة (١٢٠٢) - (رؤية المحل الذي هو مقر النساء كالمطبخ وباب البئر وصحن الدار يعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث أحد في داره نافذة أو بنى مجدداً بناء وفتح فيه نافذة على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو جاره المقابل الذي يفصل بينهما طريق وكان يرى مقر نساء الآخر منه فيؤمر برفع الضرر ويكون مجبوراً على دفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع ستار من الخشب لكن لا يجبر على سد النافذة على كل حال كما إذا عمل حائطاً من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه وبناء حائط محله. أنظر (مادة ٢٢)

رؤية المحل الذي هو مقر النساء أي المحل الذي يجلس ويوجد فيه النساء في الدار كالمطبخ وباب البئر وصحن الدار يعد ضرراً فاحشاً وكذلك إذا كان المطبخ والبئر في بستان الدار فيعدان أيضاً مقر النساء مع أن بستان الدار لا يعد بموجب المادة (١٢٠٤) مقر نساء، فلذلك إذا وجد المطبخ في بستان الدار وكان مخصصاً للنساء فهو مقر النساء وكذلك البئر إذا كانت في البستان ومخصصة لاستقاء النساء منها ولم يوجد بئر غيرها في الدار فتعد مقر نساء أيضاً. أما إذا وُجدت بئر أخرى في الدار غير تلك البئر كوجود بئر في المطبخ فهل يعد باب البئر الموجودة في البستان مقر نساء أم لا؟ فالظاهر أنه إذا كان يوجد احتياج للبئر المذكورة وتستعمل تلك البئر من طرف النساء فيعد مقراً للنساء.

ويزال هذا الضرر سواء كان ضرراً دائمياً أو غير دائمي حيث أنه فاحش وذلك إذا باشر أحد بناء داره وكان أثناء البناء مطلاً على مقر نساء جاره فعليه منع النظر عن مقر النساء بوضع خيمة أو غيرها ولو كانت الرؤية تنتهي في يوم واحد. أما إذا كان الضرر الغير الدائم من شعائر الدين كالآذان ويزول بوقت جزئي فلا يدفع ولا تخرج النساء المجاورة أثناء الآذان ويخرجن بعده (فتاوى أبي السعود).

إذا كان محل مقر نساء دائماً فرؤيته ضرر فاحش، لكن إذا كان ذلك المحل في بعض الأوقات مقر نساء وفي بعضها لم يكن مقر نساء كأن يكون محلاً تسكنه النساء في الصيف ولا يسكنه في الشتاء أو كان يسكنه في الليل ولا يسكنه في النهار فالظاهر أن رؤية هاته المحلات ضرر فاحش. تأمل (التنقيح).

فإذا أحدث أحد في داره نافذة أو بنى مجدداً بناء وفتح فيه نافذة على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو جاره المقابل الذي يفصل طريق بينهما، ولو كان الجار غير مسلم، وكان يرى مقر نساء الآخر منه فيؤمر برفع الضرر سواء كان ذلك البناء داراً أو طاحوناً أو حماماً أو كان بناء خيرياً كالزاوية. مثلاً لو أحدث أحد طاحوناً قرب دار آخر فأنشأ مجرى الطاحون مرتفعاً وكان يرى منه نساء الجار وكان من المقتضى أن يصل صاحب الطاحون في كل بضعة أيام ذلك المحل ويرى حينئذ مقر نساء الجار فبما أن ذلك ضرر فاحش فيؤمر صاحب الطاحون برفع هذا الضرر وليس لصاحب الطاحون أن يمتنع عن دفع الضرر بداعي أن مقر نساء تلك الدار يرى من جهة السوق.

وكذلك إذا كان يرى من النافذة التي أحدثها مسيحي مقر نساء موسوي فيؤمر المسيحي برفع الضرر ولا يقال أن المسيحي أو الموسوي لا يتستر وأن رؤية مقر نسائهما ليس ضرراً فاحشاً لأن الملل الغير المسلمة كالمسلمين في المعاملات.

ويفهم من قول المجلة «جاره المقابل الذي يفصل بينهما طريق» أن الطريق لو لم تكن فاصلة فيمنع وإذا كانت فاصلة أيضاً يمنع (علي أفندي).

ويكون مجبوراً على دفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع ستار

خشبي في ملكه. أنظر المادة (٢٠٠). وإذا أراد دفع الضرر بوضع ستار من الخشب فليس للجار أن يطلب منه أن يبني حائطاً من حجر أو آجر بداعي احتمال تفسخ الستار الخشبي ورؤية مقر النساء، وليس لصاحب النافذة المطلة على مقر النساء أن يمتنع عن دفع الضرر بقوله للجار إذا وضعت قفصاً لنوافذك فلا يرى مقر النساء أو أنه كان لك حائط قبل خمس عشرة سنة مرتفعاً فأعل حائطك (علي أفندي والبهجة وفتاوى أبي السعود).

وحسب هذه الفتوى من مشايخ الإسلام أنه إذا كانت قطعة أرض منقسمة إلى عرصات لخمس عشرة داراً أو عشرين داراً فأنشأ أحد داراً في إحدى عرصاتها ثم أحدث آخر في العرصة المقابلة أو في العرصة الواقعة على اليمين أو على اليسار داراً وكانت واجهتها مقابلة للدار الأولى ويرى منها مقر النساء في تلك الدار فيمنع ولا يقال لصاحب الدار الأولى: ضع قفصاً (شعايرياً) على منافذك ولكن في هذا الحال يصبح من الصعب إنشاء دور في العرصات الأخرى وتسقط قيمتها ولذلك فالعرف الجاري في بلدتنا أن يضع كل صاحب دار قفصاً على نوافذ بيته ويمنع النظر وأن لا يتعارض وجاره في ذلك.

ولكن إذا تعارض مع جاره فما الحكم؟ ويظن أن المناسب أن يقال بما أن العرف والعادة محكمة فعلى المتضرر أن يضع قفصاً على نوافذه حسب عرف البلد ويزيل ضرره بنفسه.

قيل في شرح هذه الفقرة «في ملكه» وقد احترز بذلك عن ملك المتضرر لأنه ليس للجار أن يبني بناء في ملك جاره قائلاً: إني أبني في ملكك لدفع الضرر عنك فإذا بنى ودفع الضرر عن جاره في هذه الصورة فتهدم أبنيته ويكلف أن يدفع ضرر جاره بإنشاء بناء في ملكه (التنقيح) أنظر المادة (٩٦). وكما أن لذلك الشخص أن يضع ستارة في ملكه لإزالة الضرر عن جاره فله أيضاً أن يضع ستارة في ملك غيره لإزالة الضرر.

مثلاً لو أحدث أحد داراً وكانت نافذة داره مطلة على مقّر نساء دار جاره وأراد دفع الضرر عن جاره بأن وضع ستارة في ملك غيره الواقع بين داره ودار جاره فليس للجار أن يقوله له: يجب وضع الستارة في طرف نافذتك. (فتاوى أبي السعود): أنظر شرح المادة (٩٦).

لكن لا يجبر على سد النافذة على كل حال بحائط. والخلاصة أنه يزال الضرر الفاحش في ذلك بأحد الأمور الثلاثة الآتية:

١ ـ سد النافذة.

٢ ـ إنشاء حائط أمام النافذة من الحجارة أو الآجر.

٣ ـ أن توضع ستارة وبما أن الصورة الثالثة كافية لدفع الضرر فلا يجبر على دفع الضرر بالصورة الأولى والثانية (الفيضية بإيضاح).

كما أنه إذا عمل حائطاً من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بسد محلات النظر من طرف القاضي ولا يجبر على هدم الحائط المعمول من الأغصان وبناء حائط محله. أنظر

المادة (٢٢). يعني أنه لا يجبر امرؤ على أن يتصرف في ملكه بصورة مخالفة لاختياره إلا أنه قد شرع الإجبار على ذلك لضرورة دفع الضرر الفاحش فإذا كان ممكناً دفع الضرر المذكور بإصلاح حائط الأغصان فلا يجبر على أن يبني حائطاً حيث أن الضرورات تقدر بقدرها.

المادة (١٢٠٣) - (إذا كانت لأحد نافذة في محل أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يطلب سدها لاحتمال أنه يضع سلماً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار. أنظر (المادة ٧٤))

إذا كان لأحد في بيته نافذة محدثة في محل قريب من السقف أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يطلب سدها لاحتمال أنه يضع سلماً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار (التنقيح).

فعلى هذه الصورة لكل أحد أن يحدث نافذة في ملكه في موضع أعلى من قامة الإنسان وليس لجاره منعه. أنظر مادة (٧٤).

كذلك لو أحدث أحد في عرصته الواقعة فوق دار الآخر طاحون هواء فليس للجار منعه من ذلك بداعي أنه يخاف من أن تهدم الطاحون من الهواء فتهدم داره أيضاً (فتاوي أبي السعود).

أما إذا وضع صاحب النافذة العلوية سلماً ونظر من غير إخبار إلى مقر نساء جاره أكثر من مرة فالظاهر أن القاضي يعزر صاحب النافذة ويمنعه من ذلك. أنظر المادة (١٢٠٥) ولكن لا يؤمر بسد النافذة.

وقد جاء في حاشية جامع الفصولين: وقد سئلت في غرفة إذا صعد لها صاحبها من سلم داره يطلع على دار جاره وينظر إلى عوراته هل يمنع من الصعود؟ فأجبت بالمنع بغير إعلام لحاجة كما هو جواب استحسان في الضرر البين.

المادة (١٢٠٤) - (لا تعد الجنينة مقر نساء، فإذا كان لأحد دار لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنينته فليس له أن يكلفه منع نظارته عن تلك الجنينة بداعي رؤية نسائه من الدار حين خروجهن إلى الجنينة في بعض الأحيان)

لا تعد الجنينة مقر نساء وكذلك غرف الضيافة للرجال فلذلك إذا كان لاحد دار لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنينته أو غرف الضيافة المعدة للرجال فليس له أن يكلفه منع نظارته عن تلك الجنينة أو عن تلك الغرف بداعي رؤية نسائه من الدار حين خروجهن إلى الجنينة أو لغرف الضيافة في بعض الأحيان، فعلى هذه الصورة لو أقام الجار بعد مرور بضع سنوات نساء في غرف الضيافة فليس له أن يجبر جاره على دفع الضرر بداعي أن غرف دار الضيافة قديمة والنافذة حادثة وأنه أسكن الغرف نساء واتخذها حرماً (البهجة). حيث ان اتخاذ الغرف المذكورة مقراً للنساء

حادث والنافذة الباعثة للضرر قديمة. أنظر المادة (١٢٠٧).

المادة (١٢٠٥) (إذا كان لأحد شجرة فاكهة في جنينته وفي صعوده عليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده إعطاء الخبر لأجل تستر النساء فإن لم يخبر يمنعه القاضي من الصعود على تلك الشجرة)

إذا كان لأحد شجرة فاكهة في جنينه وفي صعوده عليها، أو باع تلك الشجرة أو ورقها لآخر وعند صعود المشتري على تلك الشجرة يشرف على مقر نساء جاره فلا يمنع صاحب الشجرة أو ذلك المشتري من الصعود على تلك الشجرة إلا أنه يلزمه عند صعوده إعطاء الخبر لجاره مرة أو مرتين حتى تتستر النساء ويتمكن صاحب الشجرة من الصعود على الشجرة بعد الإخبار يكون جمع بين الحقين (الفتح) فإذا لم يخبر على الوجه المذكور فيمنعه القاضي من الصعود على تلك الشجرة بدون اخبار (جامع الفصولين).

كذلك إذا كان سطح دارين متلاصقين محاذياً بعضه لبعض وأراد أحد صاحبي الدارين الصعود على سطحه وكان يرى مقر نساء صاحب السطح الآخر فهو ضرر فاحش فيمنع من الخروج إلى سطح ما لم يتخذ ستاراً يمنع رؤية مقر النساء، أما إذا كان لا يرى منه مقر نساء جاره بل ترى النساء حين وجودهن على السطح فلا يمنع من الصعود على السطح لأنه إذا كان يرى نساء جاره حين صعوده على السطح، وكذلك يُرى مقر نسائه حين خروج جاره إلى السطح أيضاً، فضررهما متساو (التنقيح والعناية).

المادة (١٢٠٦) - (إذا اقتسم إثنان داراً مشتركة بينهما وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما مقر نساء الآخر فيؤمران أن يتخذا سترة مشتركة بينهما)

إذا اقتسم إثنان داراً مشتركة بينهما، وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما أو من أحد مواضعها مقر نساء الآخر أو يطلع على أحوال لا يجوز للغير الإطلاع عليها فيؤمران من القاضي أن يتخذا سترة مشتركة بينهما ويدفع كل منهما الحصة التي تصيب حصته من المصرف (علي أفندي والتنقيح والفصولين).

قد ذكر في شرح المادة (١١٩٢) أنه لا يجبر أحد على إصلاح ملكه فلذلك قد بين العلماء المتقدمون أنه يجبر أحد على اتخاذ السترة، إلا أن هذا الرأي كان في زمن الصلاح غير أنه لما تكاثر الفساد بين الناس فقد رأى بعض المجتهدين لزوم الإجبار على اتخاذ السترة وقد قبلت المجلة هذا القول. أنظر المادة (٣٩).

المادة (١٢٠٧) - (إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه.

مثلاً إذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع بنفسه مضرته وليس له حق أن يدعي على صاحب الدار القديمة، كما أنه لو أحدث أحد داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد بداعي أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد، وكذا إذا أحدث أحد داراً في القرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بداعي أن غبار البيدر يصيب داره)

إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً وغير مضر بأحد أي ضرر فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه أي إن شاء دفع ضرر نفسه وإن شاء تحمل الضرر وإلا فلا يجبر أحدهما على دفع الضرر. ويتفرع عن ذلك مسائل وهي:

١ ـ إذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع هو مضرته أي إذا شاء دفع الضرر وإذا شاء أبقاه وليس له حق أن يدعي على صاحب الدار القديمة بطلب دفع الضرر عنه. أنظر المادة (٦).

٢ ـ إذا كان لا يرى من دار مقر النساء في الدار المقابلة لها فاحترقت الداران فأنشئت إحداهما أولاً وكان حائطها واطياً ثم أنشئت الدار الثانية على وضعها القديم وكان يرى من الدار المنشأة أخيراً مقر نساء الدار الأولى فليس لصاحب الدار المنشأة أولاً أن يطلب من صاحب الدار المنشأة ثانياً دفع ضرره بداعي أنه أنشأ داره قبلاً (علي أفندي).

٣ ـ إذا أحدث أحد داراً قرب أتون فاخورة أو حمام فليس له أن يطلب إقفال الأتون أو الحمام بداعي أن دخانهما يدخل في محله (البهجة والفيضية بزيادة).

٤ ـ إذا أحدث أحد في عرصته المتصلة بحانوت حداد داراً فليس له طلب تعطيل حانوت الحداد بداعي حصول الضرر لداره من طرق الحديد.

٥ ـ لو أحدث أحد نافذة في داره وكان يرى منها الغرف التي يسكنها العزبان الجارية في تصرف وقف ثم أصبحت الغرف المذكورة محلولة وأجرت لآخر بالأجارتين فأسكن فيها نساءه فليس له أن يطلب دفع الضرر بداعي أن مقر نسائه يرى من نافذة جاره (البهجة).

٦ ـ إذا أحدث أحد داراً في القرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحبه من التذرية بداعي أن غبار البيدر يصيب داره.

٧ ـ إذا أحدث أحد داراً في قرب مزرعة أحد فليس لصاحب الدار أن يطلب من صاحب المزرعة عدم الزراعة في المزرعة بداعي أنه يرى مقر نسائه من المزرعة (علي أفندي).

٨ ـ إذا أحدث أحد داراً في جانب الطريق العام فليس له منع المارة من المرور في الطريق

العام بداعي أن مقر نسائه يرى من الطريق (علي أفندي).

٩ ـ ماسيجيء في المادة الآتية:

المادة (١٢٠٨) ـ (إذا كانت نوافذ قديمة أي عتيقة في منزل مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل فأحدث أولاً صاحب العرصة داراً في العرصة ثم أعاد صاحب المنزل بناء منزله على وضعه القديم فصارت نوافذه مشرفة على مقر النساء من الدار المحدثة فصاحب الدار هو يرفع المضرة عن نفسه وليس له أن يجبر صاحب المنزل بقوله: (إمنع نظارتك))

إذا كانت نوافذ قديمة أي عتيقة في منزل مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل فأحدث أولاً صاحب العرصة داراً في العرصة ثم أعاد صاحب المنزل بناء منزله على وضعه القديم فصارت نوافذه التي فتحها مجدداً على حالها السابق مشرفة على مقر النساء من الدار المحدثة فصاحب الدار هو يرفع المضرة عن نفسه وليس له أن يجبر صاحب المنزل بقوله: إمنع نظارتك. وهذه المادة فرع للمادة السابقة وأحد أمثلتها.

وتشير المجلة بتفسيرها بالعتيق بأن القديم في هذه المسائل هو ليس بمعنى (ما لا يعرف أوله) بل أنه بمعنى أسبق من الآخر).

كذلك لو احترقت دار أحد فاحترقت الدار التي تليها فبنى صاحب الدار الأولى داره على غير وضعها السابق بأن بنى ولجهة داره في جانب دار الآخر وأصبح يرى من نوافذ مقر نساء صاحب المنزل فعلى صاحب المنزل أن يدفع ضرره بنفسه وليس له أن يلزم صاحب الدار بدفع ضرره (الفيضية).

١٠ ـ ما ورد في المادة الآتية:

المادة (١٢٠٩) ـ (إذا أحدث أحد نوافذ في داره وكان لجاره غرفة مرتفعة تقع بين النوافذ ومقر نساء الجار وكان لا يرى لذلك مقر النساء من تلك النوافذ فهدم الجار تلك الغرفة وأصبح مقر النساء يرى من تلك النوافذ فليس للجار أن يقول للآخر: إقطع نظارتك أو سد النوافذ بداعي أن النوافذ محدثة بل يلزم الجار أن يدفع ضرره بنفسه)

(البهجة في الحيطان)

وتعبير الهدم ليس احترازياً فإذا انهدمت الغرفة من نفسها فالحكم على الوجه المشروح أيضاً

وقد بين في الخانية أنه إذا هدم حائط مشترك بين اثنين وكان لأحدهما أهل وعيال وطلب إنشاء الحائط لمنع الكشف وامتنع الآخر ينظر فإذا كانت الأرض المبنى عليها الحائط قابلة للقسمة وكان ممكناً بعد تقسيمها إنشاء سترة في الحصة التي تصيب كل واحد منهما فلا يجبر الممتنع على البناء وإذا كانت غير قابلة للقسمة فيجبر. وتعبير هذه المادة فرعاً للمادة (١٢٠٧) .

وإن يكن أنه قد ورد في المادة المذكورة تعبير «إحداث» وورد في المادة تعبير «هدم» إلا أن تعبير إحداث هناك هو كناية عن التصرف .

١١ ـ إذا كانت لأحد ساحة محاطة بسياج من الأشواك في جانب جاره فانهدم السياج المذكور فليس له أن يطلب من جاره بناء ساحته بداعي أن مقر نسائه يرى (علي أفندي).

١٢ ـ إذا كان يرى من نوافذ دار قديمة مقر نساء دار الآخر وكان موضوعاً من القديم ستارة من الخشب على حائط صاحب النافذة لدفع النظارة فليس للجار هدم الستارة المذكورة وأن يطلب من جاره قطع نظارة نوافذه (البهجة). أما إذا كان لأحد دار واقعة بن دار جاره وبين داره فهدم داره المذكورة واتخذها بستاناً فأصبح يرى مقر النساء من دار الجار المذكور فعلى الجار الذي هدم الدار دفع الكشف وليس له أن يقول لجاره: أنه لا يلزمني دفع الضرر بداعي أن منزل الجار مرتفع (الفيضية) .

(١٢١٠) ـ (ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يعليه بدون إذن الآخر ولا أن يبني عليه قصراً أو شيئاً آخر سواء كان مضراً بالآخر أولا، لكن إذا أراد أحدهما وضع جذوع لبناء غرفة في عرصة على ذلك الحائط أي تركيب رؤوس الجذوع على ذلك الحائط فليس لشريكه منعه وبما أنه لشريكه أن يضع جذوعاً بقدر ما يضع هو من الجذوع فله أن يضع نصف عدد الجذوع التي يتحملها الحائط فقط وليس له تجاوز ذلك وإن كان لهما على ذلك الحائط جذوع في الأصل على قدم المساواة وأراد أحدهما تزييد جذوعه فللآخر منعه)

ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يعليه بدون إذن الآخر ولا أن يبني عليه قصراً أو شيئاً آخر كستارة من الخشب أو نافذة أو باب أو سلم سواء كان الاعلاء أو بناء القصر أو بناء الأبنية الأخرى مضراً بالآخر أو غير مضر به. أنظر المادة (١٠٧٥). (التنقيح)

وفائدة قيد «بدون إذن الآخر» يفهم من المادة (١٠٦٩) .

قيل «الحائط المشترك» لأنه إذا لم يكن الحائط مشتركاً يقتدر على التصرف على هذا الوجه كيفما يشاء. أنظر المادة (١١٩٨) فعلى ذلك إذا كان حائط مشتركاً بين اثنين على هذا الوجه وتحقق مؤخراً أن هذا الحائط ذو طاقين أي منقسم لقسمين وأراد أحد الشريكين هدم الحائط الذي في

جانبه كلياً والإكتفاء بسترة الحائط الذي في جهة جاره ومانع الشريك في ذلك ينظر: فإذا أقر الشريكان بأن جميع الحائط هو مشترك بينهما فليس لأحدهما أن يحدث في الحائط المذكور أي شيء بدون إذن الآخر، وإذا كان الشريكان يصدقان على أن كل قسم من الحائط هو للشريك الذي في جهته وأنه مالك له استقلالاً فلكل منهما أن يعمل في قسمه من الحائط كيفما يشاء (الخانية في الحيطان) .

قد ذكر في الفقرة الثانية من هذه المادة أنه ليس له أن يبني قصراً لأنه لو كان لأحد غرفة وكان حائط تلك الغرفة مشتركاً بين صاحب الغرفة وبين جاره فأراد صاحب الغرفة أن يبني فوق غرفته غرفة بحيث لا يضع شيئاً من جذوع البناء على الحائط المشترك فليس لجاره منعه (الخانية).

أما إذا لم يكن لأحد الشريكين جذوع على الحائط وأراد أحدهما أن يبني في عرصته المملوكة له مستقلاً غرفة وأراد وضع جذوع على ذلك الحائط أي تركيب رؤوس الجذوع على ذلك الحائط فليس لشريكه منعه، أي ليس للشريك أن يقول لشريكه. إنني سوف لا أضع جذوعاً على الحائط فيجب عليك أن لا تضع أنت أيضاً جذوعك، بل يجاب بأن ضع أنت جذوعك لأن منع الشريك شريكه من وضع الجذوع على الحائط المشترك هو تعطيل لمنفعة الحائط (التنقيح والبهجة).

أما إذا كان الحائط المذكور مشتركاً بينهما على السوية فيجب أن يتساويا في المنفعة أيضاً فلذلك بما أن لشريكه الحق بأن يضع جذوعاً بقدر ما يضع شريكه جذوعاً فله أن يضع نصف العدد من الجذوع التي يتحملها الحائط وليس له تجاوز ذلك فلو وضع زيادة ترفع. مثلاً لو كان حائط يتحمل وضع عشرة جذوع فوضع عليه أحد الشريكين عشرة جذوع فيؤمر برفع خمسة منها وللشريك أن يضع خمسة جذوع أخرى لأن الوضع المذكور بلا إذن الشريك هو غصب ويقتضي رفعه على الوجه المبين في المواد (٩٠٥ و٩٠٦ و٩٠٧) كما أنه إذا كان الوضع بإذن الشريك فهو عارية والعارية غير لازمة أيضاً ويجب خلعها أيضا حسب المادة (٨٣١). (معين الحكام وعلي أفندي والخانية والأنقروي في الشركة)

قد بحث في هذه المادة عن وضع الجذوع حديثاً أما إذا كانت جذوع أحد الشريكين قديمة وليس للشريك الآخر جذوع على الحائط المشترك فإذا كان الحائط متحملاً بأن يضع الشريك الآخر جذوعاً بقدر جذوع الشريك وكان الشريك مقراً باشتراك الحائط فللشريك وضع الجذوع (الخانية وعلي أفندي).

وإن كان لهما على ذلك الحائط جذوع في الأصل على قدم المساواة وأراد أحدهما تزييد جذوعه فللآخر منعه .

قد ذكر في الفقرة الانفة وهي «لكن إذا أراد أحدهما وضع جذوع لبناء غرفة في عرصته الخ» بأن له حق وضع الجذوع وأما في هذه الفقرة فلا يقتدر على التصرف. والفرق هو أن القياس عدم تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك بدون اذن الشريك بأي تصرف كان، أما في الفقرة الأولى

فقد ترك القياس ولم يعمل به وسبب ذلك أنه لو منع الشريك من وضع الجذوع بدون الإستحصال على إذن شريكه فالشريك يمتنع أحياناً عن إعطاء الاذن وفي هذا الحال تتعطل منفعة الحائط وهذه الضرورة لم تكن موجودة في الحال المذكور في الفقرة الأخيرة فلذلك لم يعمل بغير القياس.

قد ذكر في هذه الفقرة «جذوع على قدم المساواة» لأنه إذا لم تكن الجذوع الموضوعة على قدم المساواة بل كانت جذوع أحدهما أقل من الآخر فلصاحب الأقل أن يوصل عدد جذوعه إلى مقدار عدد جذوع شريكه إذا كان الحائط متحملاً ويستفاد ذلك من فقرة «فله أن يضع جذوعاً بقدر ما يضع هو من الجذوع» ولم يفصلوا بين القديم والحادث (التنقيح والخانية في الحيطان).

المادة (١٢١١) - (ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يحوّل جذوعه التي على الحائط يميناً أو شمالاً أو من أسفل إلى أعلى، أما إذا كانت رؤوس جذوعه عالية فله تسفيلها)

ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يحول جذوعه التي على الحائط يميناً أو شمالاً أو من أسفل إلى أعلى إذا كانت جذوع الشريكين في حذاء ومستوى واحد أي ليس له تحويلها من اليمين إلى الشمال ومن الشمال إلى اليمين وكذلك من أسفل إلى أعلى لأن تحويلها على هذا الوجه من أسفل إلى أعلى موجب لضرر الحائط ضرراً بليغاً لأن أسفل الحائط يتحمل من الثقل ما لا يتحمله علوه (الخانية في الحيطان).

أما إذا كانت جذوع صاحبي الحائط ليست في حذاء ومستوى واحد وكانت جذوع أحدهما في الأعلى والأخرى في الأسفل فلصاحب الأسفل إعلاء جذوعه إلى مستوى جذوع الشريك الآخر للمساواة بينهما إذا كان ذلك غير مضر بالحائط. أما إذا كان مضراً فليس له ذلك (التنقيح).

أما إذا كانت رؤوس جذوعه عالية فله تسفيلها هذا إذا كان غير مضر، مثلاً إذا كانت الجذوع في أعلى الحائط فلصاحب الجذوع تحويلها إلى الوسط أو إذا كانت في الوسط فتسفيلها (البهجة) لأن أساس الحائط وأسفله يتحمل الثقل الذي لا يتحمله العلو وتسفيل الجذوع هو ضرر أخف من جهة الحائط أما ترفيعها أو تحويلها فهو موجب لزيادة الثقل والضرر للحائط (الخانية) ومع ذلك فإن جواز التسفيل مشروط بعدم وجود الضرر للحائط أما إذا كان مضراً فهو غير جائز أيضاً (التنقيح).

المادة (١٢١٢) - (إذا أنشأ أحد كنيفاً أو بالوعة قرب بئر ماء أحد وأفسد ماء تلك البئر فيدفع الضرر فإذا كان غير ممكن دفع الضرر بوجه ما فيردم الكنيف أو البالوعة، كذلك إذا كان ماء البالوعة التي أنشأها أحد قرب مسيل ماء يصل الماء وفي ذلك ضرر فاحش وكان غير ممكن دفع الضرر بصورة غير الردم فتردم تلك البالوعة)

إذا أنشأ أحد كنيفاً أو بالوعة قرب بئر ماء أحد أي قريبة بصورة تصل معها النجاسة إلى الماء وأفسد ماء تلك البئر أي إذا وصلت النجاسة إلى بئر الماء وظهر أثرها في الماء فيدفع الضرر بترصين الكنيف أو البالوعة بالكلس والإسمنت وغيره من لوازم البناء، إن المسافة بين البالوعة والبئر التي تمنع وصول ماء البالوعة إلى البئر تختلف باختلاف الأرض بنسبة رخاوتها وصلابتها فلذلك لا يمكن تعيين المساحة بكذا ذراعاً وعليه فيجب أن تكون البالوعة بعيدة عن البئر بدرجة لا تصل إليها النجاسة فلذلك قد فسر لفظة «قرب» الواردة في المجلة بهذا المعنى (علي أفندي).

فإذا كان غير ممكن دفع ضرر الكنيف أو البالوعة بوجه ما فيردم الكنيف أو البالوعة (علي أفندي).

كذلك إذا كان ماء البالوعة التي أنشأها أحد قرب مسيل ماء قديم يصل الماء وفي ذلكَ ضرر فاحش وكان غير ممكن دفع الضرر بصورة غير الردم فتردم تلك البالوعة. أنظر المادة (٢٠) أما إذا كان الكنيف أو البالوعة المنشئان قرب بئر ماء أو مسيل ماء لا تصل أقذارهما إلى الماء وليس في ذلك ضرر فاحش فلا يرفعان. أنظر المادة (١١٩٧). ولو كان يجذب ماء لآخر أنظر المادة (١١٩٧).

الفصل الثالث

(في الطرق أي في أحكام الطريق العام والطريق الخاص)

وقد مر تعريفهما في المادة (٩٥٦) وشرحها

المادة (١٢١٣) - (إذا كان لأحد داران على طرفي الطريق وأراد إنشاء جسر من واحدة إلى أخرى يمنع ولا يهدم بعد إنشائه إن لم يكن فيه ضرر على المارين لكن لا يكون لأحد حق قرار في الجسر والبروز المنشأين على الطريق العام على هذا الوجه، أما إذا انهدم الجسر المبني على الطريق العام بهذه الصورة وأراد صاحبه بناءه فيمنع أيضاً)

إذا كان لأحد داران على طرفي الطريق أي الطريق العام وأراد إنشاء جسر من واحدة إلى أخرى بدون إذن من ولي الأمر أو إنشاء كنيف أو إخراج ميزاب أو إنشاء حانوت أو بروز أو عتبة للدخول إلى الدار أو مسيل في الطريق العام أو تشبث لاحداث ذلك يمنع سواء كان ذلك مضراً أو غير مضر واذا كان قبل الاحداث يمانع في إحداثه.

مثلاً لو أراد أحد إنشاء مسيل في الطريق العام لإسالة الماء إلى الطاحون يمنع (علي أفندي).
لأن هذه الإنشاءات والإحداثات هي انتفاع من الطريق بغير ما وضع له الطريق وهي غير جائزة ولا حكم لرضاء أهل المحلة في مثل هذه الإنشاءات (الأشباه) لأن الطريق العام حق للعامة وليس

حق أهل المحلة فقط، لو أحدث أحد كنيفاً في الطريق العام برضاء جيرانه فلجيرانه منعه حتى قبل الإتمام ولو لم يكن لهم ضرر في ذلك (أبو السعود والواقعات والأنقروي في الحيطان) .

وقد أشارت المجلة بقولها «يمنع» إلى حق كل أحد في المنع من أهل المرور أي ما عدا الصبيان والمحجورين. أنظر المادة (١٦١٦) ولكل واحد من المسلمين وغير المسلمين والرجل والمرأة والصبي المأذون حق المنع ولو كان من سكان محلة أخرى (منلا مسكين) لأنه حسب المادتين (٩٢٦ و٩٣١) للعامة حق المرور في الطريق العام بالذات وبحيواناتهم فلذلك لكل منهم حق المنع والنقض (الدرر) كما هو في الملك المشترك، وبعد المنع على هذا الوجه لا يباح الإنشاء ثانية (الطوري). أما عند بعض العلماء فإن استماع منع الإنشاء يوجب أن لا يكون للمدعي على ذلك الطريق مثل تلك الأبنية فإذا كان له ذلك فلا تسمع دعواه المنع لأنه لو كان هذا المدعي يقصد إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه فما دام أنه لم يزل الضرر الذي يقتدر على إزالته فقد ظهر تعنته (الطوري ورد المحتار والشرنبلالي وأبو السعود والأنقروي) أنظر شرح المادة (٩٢٩).

أما إذا لم يمنع عن بناء ذلك قبل الإنشاء فأنشأ ذلك وأتمه وكان الجسر الذي أنشأه مرتفعاً يمر منه المارة بلا مزاحم وليس على المارة من ضرر فعند بعض الفقهاء يهدم أيضاً أما عند محمد فلا يهدم.

إن هذه الفقرة لا تعد فرعاً للمادة (٥٥) لأن احداث هذه الأشياء في الطريق العام غير جائز ابتداء أيضاً كما سيوضح في الآتي: ـ

مثلاً لو أنشأ أحد داراً وأخرج منها بروزاً على الطريق العام وكان لا يوجد في ذلك ضرر على المارة فليس لبعض الناس الإدعاء بطلب هدم ذلك البروز بداعي أنه عند خروج نسائهم إلى الطريق ترى من النوافذ (البهجة والخانية والهندية) .

ولكن إذا كان مضراً فيهدم حسب حكم المادة الآتية ولو أوقفه صاحبه فلذلك لو أحدث أحد منزلاً في الطريق العام ثم أوقفه فإذا كان مضراً بالمارة فيقلع (علي أفندي) .

فعلى ذلك إذا ادعى أحد من العامة بطلب هدم ورفع الأبنية التي أنشئت في الطريق العام الواجب هدمها وتصالح المدعي مع المدعى عليه فالصلح غير جائز وللمدعي المصالح ولغيره حق طلب الهدم والمخاصمة (الخانية) لأن الطريق العام مشتركة بين العامة وليس لأحد الشركاء في الشركة العامة حق الإعتياض بل له بطريق الحسبة حق الرفع والمنع .

وقد أشير شرحاً بأن المقصود من الطريق هنا هو الطريق العام أما الطريق الخاص فهو ملك مشترك ولا يحدث فيه أشياء من هذا القبيل بدون إذن باقي الشركاء سواء كانت مضرة أو غير مضرة كما ذكر في المادة (١٢٢٠).

كذلك قد قيد في الشرح بأنه لا تنشأ هذه الأشياء بدون إذن ولي الأمر فإذا وجد أمر من وليّ الأمر بإنشائها فلا يجوز لأحد الممانعة بانشائها قبل الإنشاء كما أنه لا تجوز المنازعة بطلب هدمها بعد

الإنشاء لأن تدبير أمور العامة عائد إلى ولي الأمر. أما إذا كانت مضرة بالعامة فاللائق أن لا يأمر بذلك ولي الأمر،ومع ذلك إذا وجد مصلحة في الاذن واذن جاز الاذن (أبو السعود).

لكن لا يكون لأحد حق قرار في الجسر والبروز المنشأين على الطريق العام على هذا الوجه، فإذا انهدم الجسر المبني على الطريق العام بهذه الصورة من نفسه أو بهدم صاحبه وأراد صاحبه بناءه ثانية يمنع أيضاً على الوجه المبين في الفقرة الأولى (الهندية في الباب التاسع والعشرين من الكراهة)

وتعبير «الطريق العام» الوارد في هذه الفقرة للإحتراز من الطريق الخاص لأنه إذا أنشيء على الطريق الخاص ينظر: فإذا كان قديماً فله حق القرار فإذا هدم فله إنشاؤه ثانية وإذا كان حادثاً فلا حق قرار له فعلى ذلك إذا هدم أحد داره الواقعة على الطريق الخاص التي لها بروز على الطريق الخاص فله بناؤها كما كانت وليس للجيران منعه (الهندية).

وتفصيل هذه المادة هو كما يأتي: وهو أن الأبنية الواقعة على الطريق العام على قسمين:

القسم الأول ـ الأبنية الحادثة وينظر في هذا القسم إلى ثلاثة أشياء:

(١) الاحداث ـ إن احداث شيء في الطريق العام يضيق الطريق ويضر بالمارة غير جائز، أنظر المادة (١٩) أما إذا كانت لا تضيق الطريق بسبب اتساعها فالإحداث جائز ما لم يمنع (الطورى)، والحكم في الجلوس على الطريق العام للبيع والشراء هو على هذا الوجه فإذا كان مضراً فهو غير جائز وإذا كان غير مضر فجائز ومع ذلك إذا كان غير مضر ومنع فالإحداث غير جائز أيضاً وبما أنه قد منع الإحداث في المادة (٩٢٧) وفي هذه المادة فلا يجوز الإحداث ولو كان غير مضر

(٢) الخصومة ـ وقد اختلف فيها فعند الإمام الأعظم أنه يمنع قبل الإحداث كما أنه يهدم بعد الإحداث سواء كان مضراً أو غير مضر وتقبل المخاصمة في ذلك، أما عند الإمام محمد فيمنع من الاحداث سواء كان مضراً أو غير مضر أما بعد الإحداث فيهدم إذا كان مضراً ولا يهدم إذاكان غير مضر (القهستاني والبهجة ورد المحتار).

ويظهر أن المجلة قد قبلت قول الإمام محمد في هذا الأمر لأن قوله لأن قوله وسط بين قولي الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف وقد ذكر في المادة (٩٢٧). «أنه ليس له أن يضع أو يحدث شيئاً بلا إذن» ولكنه لم يذكر الحكم فيما لو وضع أو أحدث بلا إذن، وهذه المادة توضح ذلك، وقد ذكر في شرح المادة (٩٢٧) المذكورة أن ظاهر تلك المادة موافق لمذهب الإمام الأعظم إلا أنه حسب هذه المادة يجب أن يبني الحكم هناك أيضاً على مذهب الامام محمد.

فعلى ذلك إذا دقق في المادتين المذكورتين تحصل الأحكام الآتية: ـ

أولاً ـ ليس لأحد أن يضع أو يحدث شيئاً في الطريق العام بلا إذن .

ثانياً ـ إذا تشبث أحد بإجراء ذلك يمنع سواء كان مضراً أو غير مضر .

ثالثاً ـ إذا انتهز فرصة وأحدثها ينظر: فإذا كانت مضرة ترفع وإذا كانت غير مضرة فلا ترفع

رابعاً ـ إذا هدم الذي أُنشئ وأراد محدثها إنشاءها ثانية يمنع إيضاً .

(٣) تلف شيء بالمحدثات في الطريق العام، وقد مرّ بعض مسائل متعلقة بذلك في الباب الثاني من الكتاب الثامن (الزيلعي) .

القسم الثاني ـ أن تكون قديماً وهذا على نوعين:

النوع الأول ـ أن يكون مضراً بالعامة وسيجيء بيانه في المادة الآتية.

النوع الثاني ـ أن لا يكون مضراً بالعامة فكما أنه لا يهدم الحادث الذي لا يضر بالعامة فلا يهدم أيضاً القديم الغير المضر بالعامة (الهندية) أما إذا لم يعلم قدمه من حدوثه فيعتبر ما في الطريق العام حادثاً عند الإمام ويرفع، وبما أن المجلة قد اختارت قول الإمام محمد فإذا كان مضراً فيهدم ويرفع سواء كان حادثاً أو قديماً وإذا كان غير مضر فلا يرفع سواء كان حادثاً أو قديماً أو كان قدمه أو حدوثه غير معلوم فأصبح حسب رأي الإمام محمد لا فائدة من اعتباره حادثاً أو قديماً أما حسب رأي الإمام الأعظم ففي ذلك ثمرة فيعتبر الغير المعلوم قدمه من حدوثه حادثاً ويهدم كالمعلوم حدوثه سواء كان مضراً أو غير مضر (رد المحتار).

ويعتبر المنشأ في الطريق العام الغير المعلوم حدوثه من قدمه حادثاً عند الإمام سواء كان الطريق طريقاً عاماً حقيقة أو كان الطريق المذكور في المادة (١٢٢٣) أما المنشأ في الطريق الخاص أي في نوعي الطريق الخاص المبين في شرح المادة (١١٤٣) وفي النوع الأول منهما يعتبر الغير المعلوم حدوثه من قدمه قديماً. (الهندية في الباب التاسع والعشرين من الكراهية والأنقروي في الحيطان) .

المادة (١٢١٤) ـ (ترفع الأشياء المضرة بالمارين ضرراً فاحشاً ولو كانت قديمة كالبروز الواطىء وكذا الغرفة الدانية. أنظر المادة السابقة)

ترفع الأشياء المضرة بالمارين ضرراً فاحشاً والمانعة والمزاحمة للمرور والعبور ولو كانت قديمة كالبروز الواطىء وكذا الغرفة الدانية كما انها ترفع لو كانت حادثة، أنظر المادة السابقة لأن الطريق العام قديم أيضاً والحق فيه لا يتغير بأي سبب من الأسباب (علي أفندي والهندية) .

الخلاصة: أنه ترفع هذه الأشياء من الطريق العام بدون النظر إلى قدمها أو حدوثها لأنه لا يمكن أن يعتبر أن وضعها كان بحق، أما إذا كانت واقعة في طريق خاص فلا ترفع إذا كانت قديمة وإذا هدم صاحب الدار داره الواقعة على الطريق الخاص التي لها بروز واطىء وأراد إعادة بنائها على حالها الأصلي وإنشاء البروز فليس للجيران حق منعه (الهندية في الباب التاسع والعشرين من الكراهية) .

المادة (١٢١٥) ـ (إذا أراد أحد تعمير داره فله عمل الطين في جانب من

الطريق وصرفه في بنائه بشرط عدم الإضرار بالمارين)

إذا أراد أحد تعمير داره الواقعة على طرف الطريق فله عمل الطين في جانب من الطريق وصرفه في بنائه سريعاً بشرط عدم الإضرار بالمارين بأن يترك محلاً للمرور، وقد قيدت الطريق المقصودة في هذه المادة بالطريق الغير النافذ في الهندية وجامع الفصولين والتتارخانية وفتح القدير من الكتب الفقهية. إلا أنه قد وردت في البهجة مطلقة كما وردت في هذه المادة، فلذلك هل يجب إبقاء هذه المادة مطلقة واعتبارها شاملة الطريق العام بناء على العادة الجارية في زماننا والضرورة الملجئة إليها وأن يعتبر المنع الوارد في المادة (٩٢٧) بأنه قد رفع من أجل التعمير فقط أم أن الطريق المنصوص عليه بصورة مطلقة هنا أي الطريق المذكور هو الطريق المقيد في الكتب الفقهية المار ذكرها؟

ويفهم من قيد «سريعاً» الواردة في هذه المادة عدم جواز ترك الطين في الطريق بضعة أيام (البهجة).

المادة (١٢١٦) - (يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن. أنظر المادتين (٢٥١ و ٢٦٢)).

يستملك ملك أي أحد بقيمته الحقيقية للمنافع العمومية كالطريق والمسجد ومسيل الماء ولو لم يرض صاحبه ببيعه.

فلذلك يؤخذ لدى الحاجة - أي إذا كان الطريق ضيقاً ومست الحاجة إلى توسيعه - ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ولو لم يرض صاحبه ويلحق بالطريق.

فلذلك لو كان مسجد ضيق وغير كاف لاستيعاب المصلين وكان لأحد ملك متصل بذلك المسجد ووجدت حاجة لإلحاق قسم من تلك الدار للجامع وتعنت صاحب الدار عن بيع ذلك المقدار من ملكه فلا ينظر لرضائه ويؤخذ المقدار اللازم للجامع وحريم الجامع بقيمته جبراً وكرهاً ويوسع الجامع وقد وسع الإمام عمر والصحابة رضوان الله عليهم المسجد النبوي على هذا الوجه (جامع الإجارتين والتنقيح والخانية).

وكذلك يؤخذ محل مرور المياه بقيمته ولو لم يرض صاحبه. أنظر المادة (٢٦) (فتاوى أبي السعود).

ولكن لا يؤخذ الملك من يده ما لم يؤد له الثمن معجلاً هذا إذا كان سيؤخذ الملك بدون رضاء صاحبه أو أخذ الملك برضاء صاحبه بالبيع المطلق بثمن معجل. أنظر المواد (٢٥١ و ٢٦٢ و ٢٧٨). أما إذا أخذ الملك بإذن صاحبه وبثمن مؤجل فتجري المعاملة وفقاً للمادة (٢٨٣).

إن المقصود في هذه المادة هو المال الذي يؤخذ الملك به بدون رضاء صاحبه كما وضح ذلك أثناء الشرح، ولكن لا يجوز أخذ ملك أحد بدون رضائه ما لم يثبت لزومه للمنافع العامة .

المادة (١٢١٧) - (يجوز أن يأخذ شخص فضلة الطريق من جانب الميري (بيت المال) بثمن مثلها ويلحقها بداره حال عدم المضرة على المارة)

والمقصود من الطريق الطريق العام. أنظر المادة (٥٨)

أما إذا لم يكن الطريق زائداً عن الحاجة فلا يباع منه. مثلاً: لو أعطى أحد الولاة مقداراً من الطريق العام لأحد على أن يؤدي سنوياً لبيت المال كذا درهماً مقاطعة فألحقه بداره وأحدث بناء فيها فضاق الطريق وحصل ضرر للمارة فيقلع بناؤه ويعاد إلى الطريق ولو وجد طريق آخر (البهجة والپيري زاده في القسمة).

وقد بين شرحاً أن المقصود من الطريق هنا هو الطريق العام. أما فضلة الطريق الخاص فلا تباع على هذا الوجه المبين في هذه المادة لأن الطريق الخاص هو ملك لأصحابه ومشترك بينهم جميعاً، ولا يجوز التصرف في الملك المشترك على غير الوجه الذي وضع عليه الملك المشترك سواء كان مضراً أو غير مضر .

المادة (١٢١٨) - (يجوز لكل أحد أن يفتح باباً مجدداً على الطريق العام)

سواء كان له باب أو لم يكن مثلاً: لو كان لأحد دار ولها باب فله أن يفتح باباً ثانياً وثالثاً وهلم جرا، كما أنه إذا لم يكن له دار وأراد إنشاء دار مجدداً فله أن يفتح في داره الجديدة باباً أو أبواباً متعددة وله أن ينتفع منه بصورة مختلفة كراجل أو راكب لأن الطريق العام لم يكن ملكاً خاصاً لأحد بل هو حق العامة، وبما أنه غير ممكن الإستئذان من العامة للتصرف على هذا الوجه فلكل واحد من العامة أن ينتفع كالمالك المستقل بشرط عدم وجود ضرر للغير، أما الطريق الخاص فهو خلاف ذلك. أنظر المادة (١٢٢٠). (الزيلعي)

مثلاً: لو كان لأحد دار على الطريق العام فأفرز غرفة منها واتخذها حانوتاً وفتح للحانوت باباً خاصاً فليس لجاره المقابل أو لغيره منعه ولو فتح الباب من أي جهة من الباب القديم، أي إن الإختلاف المذكور في شرح المادة (١١٧٢) غير جار هنا (التنقيح بزيادة).

كذلك لصاحب الدار المتصلة بالطريق العام أن يسد بابه الواقع على الطريق الخاص وأن يفتح باباً جديداً على الطريق العام «علي أفندي» .

المادة (١٢١٩) - (لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق خاص أن يفتح إليه باباً مجدداً)

لا يجوز لمن له حق المرور من طريق خاص أن يفتح إليه باباً مجدداً لملكه الواقع على الطريق

العام أو لملكه الواقع على طريق خاص إذا لم يكن له باب في الأصل لأن الطريق الخاص ملك أصحابه المشترك والتصرف في ملك الغير بلا إذن غير جائز. أنظر المادة (٩٦). أما عند بعض الفقهاء فليس له المرور ولكن له فتح باب لأن الحائط ملكه فكما أن له حق رفع الحائط كلياً فله فتح الباب إذ أنه عبارة عن رفع قسم من الحائط وعند بعض الفقهاء كما أنه ليس له حق المرور فليس له فتح الباب أيضاً لأنه غير ممكن بعد الفتح مراقبته ليلاً ونهاراً وتربص خروجه ومروره فلا يمكن منعه من المرور كما أنه بعد مرور مدة طويلة على فتحه الباب يدعي حق المرور ويستدل من تركيب الباب على حق المرور (رد المحتار).

ويفهم من ظاهر المجلة أنها اختارت القول الثاني .

وإن يكن أنه لا يجوز فتح باب على الطريق كما ذكر في الشرح آنفاً إلا أنه يجوز فتح نافذة في موضع عال صالح للمرور للاستضاءة والريح. أنظر المادة (١١٩٧). (رد المحتار)

مثلاً لو كان لأحد دار لها باب على الطريق العام وحائطها الخلفي واقع على الطريق المستطيل الغير النافذ وليس له باب من القديم على الطريق الغير النافذ المذكور وأراد أن يفتح باباً على الطريق المذكور فلأصحاب هذا الطريق منعه (علي أفندي) .

كذلك ليس لمن له حق المرور في طريق خاص أن يفتح باباً لداره الواقعة على طريق خاص آخر على الطريق الأول .

مثلاً لو كان لأحد دار لها باب على طريق خاص كما أن له داراً أخرى لها باب على طريق خاص آخر وخلف الدار المذكورة على الطريق الخاص الأول فليس له أن يفتح باباً للدار الثانية على الطريق الخاص الأول فيما إذا كان سكان الدارين مختلفين لأن في ذلك ضرراً على أهل الطريق. ووجه ذلك أنه لو باع صاحب الدار الثانية داره لآخر بجميع حقوقها تدخل تلك الطريق في البيع فيكثر شركاء الطريق وتزداد المارة ويضيق الطريق وفي ذلك ضرر في الحال وضرر أيضاً في المآل لأنه بطول العهد تصبح مقادير الأنصباء مشتبهة فإذا لزم تقسيم الطريق فيقسم على عدد الرؤوس فيصبح مشتري تلك الدار ذا حصة في الطريق وبذلك يتناقض حق أصحاب الطريق .

وقد ذكر صاحب التنوير أنه إذا كان سكان الدارين متحدين ولم يكونا مختلفين بحيث لا تتزايد المارة فله فتح الباب على الطريق إلا أن الطحطاوي اعترض على ذلك قائلاً: إنه إذا تقادم العهد وطال الزمان وبيعت الدار التي ليس لها حق مرور لآخر فيدعى مشتريها حق المرور مستدلاً بالفعل السابق أي المرور والقدم على حقه. وقد ذكر في نور العين أنه يوجد اختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، وقال بعضهم أن له حق فتح الباب وقال آخرون بعدم أحقيته في ذلك (رد المحتار) .

ومعنى ليس له الفتح أي ليس له الفتح على الطريق الخاص. أما إذا اشترى غرفة بابها واقع على طريق آخر في خلف داره الواقعة على الطريق الخاص فله أن يفتح باباً لتلك الغرفة على داره، وإذا سكن تلك الغرفة فله المرور من الطريق الخاص أولاً إلى داره ثم ثانياً من داره إلى تلك الغرفة وليس لأحد منعه لأنه لا علاقة رأساً للغرفة في الطريق الخاص وله الدخول إلى تلك الغرفة بحكم الملك وليس بحكم الطريق، فلذلك لا يعد طريق الدار طريقاً للغرفة وإذا بيعت تلك الغرفة فلا يدخل طريقها في البيع (التنقيح).

وإذا بيعت الدار لآخر فليس لصاحب الغرفة أن يمر من ذلك الطريق الخاص لغرفته (رد المحتار). وليس له أن يفتح باب الغرفة على الطريق رأساً أي على الطريق الخاص الذي فيه باب داره (التنقيح).

قيل في هذه المادة «لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور» لأنه يجوز لمن له حق المرور أن يفتح باباً كما مر في المادة (١١٧٢).

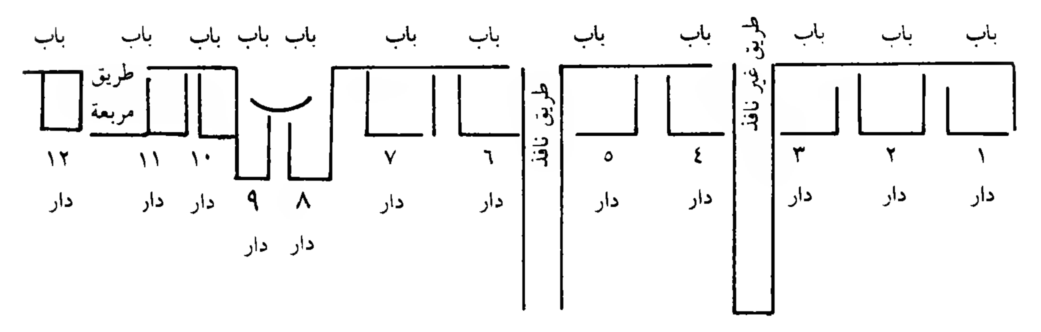
إذا وجد طريق خاص مستطيل متشعب من طريق خاص مستطيل غير نافذ فليس لأصحاب الطريق الغير النافذ فتح باب مجدداً على الفرع من الطريق المذكور للمرور لأن فتح الباب هو للمرور وليس لأصحاب الطريق الخاص الغير النافذ حق المرور من هذا الفرع والمرور في ذلك الفرع منحصر في أصحاب ذلك الفرع، كما أنه لو بيعت دار واقعة على طريق ذلك الفرع فليس لأصحاب الطريق الخاص الغير النافذ المتفرع عنه ذلك الفرع حق شفعة بداعي أنهم خلطاء في حق المبيع كما أنه ليس لهم حق فتح الباب.

وقد بين بعض المشايخ أنهم لا يمنعون من فتح الباب بل يمنعون من المرور فقط، وقد ذكر آنفاً أن المجلة لم تقبل هذا القول.

ولكن لأصحاب ذلك الفرع حق فتح باب على الطريق الخاص الغير النافذ المتفرع عنه طريق لأن لأصحاب الفرع حق مرور في الطريق الغير النافذ وحق شفعة في الدار التي تباع على ذلك الطريق باعتبارهم خلطاء فلذلك لهم فتح باب جديد. أنظر المادة (١٠١٤)

قد قيد الفرع «بالمستطيل» لأنه إذا كان الفرع المذكور غير مستطيل بل كان مستديراً فيعد هذا الفرع في حكم الساحة المشتركة ويكون جميعهم مشتركين في الشفعة فلذلك يكون لجميع أصحاب الطريق الغير النافذ حق المرور، وإذا بيعت دار في الفرع المستدير فلجميع أصحاب الطريق الخاص حق شفعة بالإشتراك كما أن لهم حق فتح الأبواب على الشعبة المستديرة، هذا إذا كانت المستديرة مثل نصف دائرة أو أقل حتى لو كانت أكثر من ذلك لا يفتح فيها الباب والفرق أن الأولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فإنه إذا كان داخلها أوسع من مدخلها يصير موضعاً آخر غير تابع للأول قاله صدر الشريعة ومنلا مسكين وردّه ابن الكمال (رد المحتار).

إننا نصور هنا طريقاً خاصاً مستطيلاً غير نافذ يتشعب منه طريق آخر مستطيل خاص غير نافذ مع طريق غير نافذ مستدير الشكل (رد المحتار وفتح القدير في مسائل شتى القضاء).



فالدار الثالثة هنا واقعة في الركن الأول من الفرع الغير النافذ وفي زاويته فلو كان له باب قديم على الطريق الطويل فيمنع من فتح باب جديد على الفرع الغير النافذ لأنه ليس له حق المرور فيه أما إذا كان له باب على الطريق الغير النافذ الفرعي فلا يمنع من فتح باب على الطريق الطويل لأن له حق المرور في الطريق الطويل وأما الدار الرابعة الواقعة في الركن الثاني من الفرع الغير النافذ إذا كان بابها واقعاً على الطريق الطويل فيمنع من فتح الباب من الفرع وإذا كان بابها على الطريق الفرعي فيمنع من فتح الباب على الطريق الطويل على قول ولا يمنع على قول آخر. أنظر شرح المادة (١١٧٢). وهذا الحكم منحصر في كون الطريق الطويل طريقاً خاصاً. أما إذا كان الطريق الطويل طريقاً عاماً فله حسب المادة (١٢١٨) المرور من الجانبين وفتح الباب لأنه ليس له حق المرور في ذلك الجانب.

أما الدار الخامسة الواقعة في الركن الأول من الفرع النافذ الثاني فلصاحبها فتح الباب على الفرع النافذ وعلى الطريق الطويل الغير النافذ بالإتفاق.

أما الدار السادسة الواقعة في الركن الثاني من الفرع الثاني النافذ فإذا كان بابها واقعاً على الفرع النافذ المذكور فيمنع من فتح الباب على الطريق الطويل الغير النافذ (رد المحتار) أما أصحاب الدار الثامنة والتاسعة فلهم فتح الباب سواء على الطريق الطويل أو الطريق المستدير. أما إذا كان باب الدار الحادية عشرة واقعاً على الطريق الطويل فليس لصاحبها حق فتح الباب على الطريق المربع أما إذا كان الباب على الطريق المربع فصاحبها أن يفتح باباً على الطريق الطويل.

المادة (١٢٢٠) - (الطريق الخاص كالملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور، فلذلك لا يجوز لأحد من أصحاب الطريق الخاص أن يحدث فيه شيئاً سواء كان مضراً أو غير مضر إلا بإذن الآخرين)

الطريق الخاص كالملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور، وكان الأولى أن يقال: ملك مشترك بدون أداة التشبيه (الشرنبلالي).

ولذلك فلأصحاب الطريق أن يجروا ويعملوا كل شيء معدود من جملة السكنى، ولهم الوضوء وجْر مركباتهم (علي أفندي). وإذا كان يوجد في الطريق قديماً موضع معين للزبالة فلكل واحد من أصحاب الطريق أن يضع زبالته في ذلك الموضع وليس لهم منع بعضهم. وإذا تلف أحد من الحطب أو ماء الوضوء أو حصل له ضرر فلا يضمن أي لا يقاس على المادة (٩٢٧) وله وضع زبالته مدة يسيرة في جانب حائطه ولكن ليس له أن يعمل شيئاً ليس من جملة السكنى كما سيبين في الفقرة الآتية.

الباقين فلذلك لو كان أصحاب الطريق الخاص عشرة أشخاص ونكل الأول عن حلف اليمين فيحلف الثاني وإذا نكل الثاني عن اليمين يحلف الثالث فإذا حلف اليمين فلا يحلف الرابع لأن فائدة اليمين هو رجاء النكول وحتى لو نكل الرابع عن حلف اليمين فليس للمدعي فتح الباب لأنه إذا حلف أحدهم اليمين فيكون مانعاً فتح الباب (التنقيح وعلي أفندي والبهجة والفيضية والأنقروي في دعوى الطريق).

المادة (١٢٢٣) - (للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند كثرة الإزدحام فلا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص أن يبيعوه بالإتفاق أو يقتسموه بينهم أو يسدوا مدخله)

للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص المتصل مدخله بالطريق العام عند كثرة الإزدحام. ويفهم من تعبير «كثرة الازدحام» أنه لما كان المرور من الطريق الخاص هو استعمال ملك الغير بلا إذن فليس لمن ليس له حق المرور في الطريق الخاص المرور من تلك الطريق ما لم تكن ضرورة وأسباب مجبرة ككثرة الإزدحام. أنظر المادة (٩٦٠). (حاشية جامع الفصولين).

فلذلك لا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص أن يبيعوه بالإتفاق أو يقتسموه بينهم أو يلحقوه بدورهم أو يحفروا فيه بئراً أو يسدوا مدخله (التنقيح والأنقروي في الحيطان) وإذا كان على الطريق دار واحدة فقط فليس لصاحب الدار أيضاً أن يسد مدخل الطريق (القاعدية في القسمة والكفوي)

وإذا باع من له حق المرور داره الواقعة على الطريق الخاص فيكون حقه وحصته في الطريق الخاص قد بيعت تبعاً. أنظر المادة (٥٤). وقد فصل ذلك في شرح المادة (٢١٦).

للطريق الخاص نوع آخر وتقسيمه جائز كما بين في المادة (١١٤٣) وشرحها، كما أن بيع هذا النوع من الطريق جائز أيضاً .

مثلاً لو كان طريق خاص في قرية مشتركاً بين ثلاثة أشخاص ومختصين به فباع إثنان من الشركاء حصتهما في ذلك الطريق لشريكهما الثالث فليس لأهالي القرية الممانعة في ذلك (علي أفندي).

الفصل الرابع

(في بيان حق المرور والمجرى والمسيل)

المادة (١٢٢٤) - (يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل. يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه حيث أنه بحكم المادة السادسة يبقى الشيء القديم على حاله ولا يتغير ما لم يقم دليل على خلافه. أما القديم المخالف للشرع الشريف، فلا اعتبـار له يعني أن الشيء المعمول بغير صورة مشروعة في الأصل لا اعتبار له ولو كان قديماً ولا يزال إذا كان فيه ضرر فاحش. أنظر المادة (٢٧) مثلاً إذا كان بالوع دار جارياً من القديم على الطريق العام وكان في ذلك ضرر للمارة فلا يعتبر قدمه ويدفع ضرره)

يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل إذا كان الشيء القديم قد وضع في الأصل بصورة موافقة للشرع الشريف.

المرور: بوزن الظهور. والمجرى هو محل جريان الماء. والمسيل بوزن المبيع اسم مكان وهو اسم للموضع الذي تسيل منه المياه أي الطريق الذي تمر المياه منه وتذهب وتسمى بالفارسية (رهكزار آب).

ويفهم من التفصيلات الآنفة أن المسيل والمجرى بمعنى واحد ومترادفان وكان الأوفق الإكتفاء بأحدهما وكان الأولى أيضاً أن يستعمل بدلاً عن حق المجرى وحق المسيل حق الجرى وحق السيل.

يعني إذا ثبت أن حق الممر والمجرى والمسيل قديم فتترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لأن الشيء القديم يبقى على حاله حسب حكم المادة (٦) لأنه يحصل الظن الغالب بأن ابتداء وضع القديم لم يكن ظلماً وبغير حق وأنه وضع على وجه شرعي (الخيرية) فلذلك إذا ثبت قدم هذه الأشياء فلا ترفع أما إذا لم يثبت قدمها فيجب حينئذ إثبات حق المرور وحق المسيل وحق المجرى كما سيوضح قريباً.

ولا يتغير ما لم يقم دليل على خلافه أي دليل وشاهد على حدوثه فإذا قام دليل وشاهد على حدوثه فيتغير، فإذا قامت البينة على قدمه وحدوثه معاً فترجح جهة التغيير والحدوث كما هو مذكور

في المادة (١٧٦٨). اليد على المسيل المذكور في الماضي فهي شهادة على اليد المنقضية والشهادة المذكورة باطلة.

والشهادة على حق المسيل: إذا شهد الشهود قائلين: إن لهذا المدعي حق مسيل في عرصة هذا المدعى عليه تقبل شهادتهم، وإذا بين الشهود في شهادتهم أن حق المسيل هو لماء المطر أو لماء البالوع فيحكم على هذا الوجه فإذا كان المسيل لماء المطر فلا يجري فيه ماء البالوع، كما أنه إذا كان المسيل مختصاً بماء البالوع فلا يجري فيه ماء المطر.

وإذا لم يثبت المدعي فيحلف صاحب العرصة ويحكم عليه بنكوله، وصورة التحليف على الوجه الآتي: ليس لهذا المدعي حق الإجراء بهذا الوضع.

كذلك إذا إدعى أحد حق مسيل في بستان آخر وكان الماء غير جار أثناء الخصومة فإذا شهد الشهود بأن مجرى الماء ملك للمدعي أو شهدوا بأن للمدعي حق الإجراء فيه تقبل أما لو شهدوا على إجراء الماء سابقاً فيه فقط فلا يقبل (الأنقروي في دعوى الطريق ومسيل الماء).

كذلك لو وجد لأحد نهر يجري من أرض آخر فليس لصاحب الأرض منع مرور النهر من أرضه ولا يعتبر النهر تحت يده، وعلامة كون النهر في يده كريه وغرس الأشجار في جانبيه وسائر تصرفاته، وإذا كان الماء يجري وقت الخصومة أو كان معلوماً جريه قبل ذلك فيحكم له بملكية النهر ما لم يثبت صاحب الأرض أن النهر ملكه، وإذا لم يكن النهر جارياً وقت الخصومة أو لم يكن معلوماً جريانه قبل ذلك فيكون مدعي النهر مكلفاً لإثبات بأحد الوجوه الثلاثة الآتية:

أولاً - إذا كان يدعي رقبة النهر فيجب عليه أن يثبت بالبينة أن رقبة النهر ملكه.

ثانياً - إذا كان يدعي حق الإجراء في النهر فيجب عليه إثبات حق الإجراء، فعلى هذه الصورة إذا ادعى أحد بأن له حق إجراء مائة من أرض غيره فإذا أثبت مدعاه بالبينة فبها وإذا لم يثبت فإذا كان الماء يجري وقت الخصومة فالقول للمدعي وإذا كان لا يجري فالقول لصاحب الأرض. ووجود آثار في الأرض على مرور الماء في أرض أحد لا تكفي لإثبات المدعى به لأن ذلك عبارة عن شبهة وظن (الخانية في فصل في الأنهار).

ثالثاً - إذا ادعى أن له حق الاجراء قديماً في النهر المذكور فيجب عليه إثبات القدم وعلى هذا المنصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى كل ذلك في دار غيره فحكم الإختلاف فيه نظيره في الشرب (الدر المختار ورد المحتار في فصل الشرب).

أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له يعني أن الشيء المعمول بغير صورة مشروعة في الأصل وفي ابتداء وضعه فلا اعتبار له أي لا يترك على قدمه ولو كان قديماً ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش. أنظر المادة (٢٧).

قد ذكر في المادة المذكورة أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، وفي المثال الآتي الضرر

الأشد هو وجود ضرر فاحش على المارة والضرر الأخف هو أن يزال مجرى البالوع القديم الذي وضع بصورة غير مشروعة واضرار صاحب الدار به، ويمكن أيضاً ذكر المادة السابعة في مقام الإستشها المتضمنة أن الضرر لا يكون قديماً.

مثلاً لو كان بالوع دار جارياً من القديم على الطريق العام وكان في ذلك ضرر للمارة فلا يعتبر قدمه ولا يبقى على حاله ويدفع ضرره. كذلك لو كان في طرف المياه التي يشربها أهل قرية من القديم كنيف لأحد يتلوث منه الماء الذي يشربه أهل القرية فلأهل القرية طلب رفع وقلع ذلك الكنيف (البهجة) لأن إبقاء القديم على قدمه هو للظن الغالب بأنه أحدث في الأصل على الوجه الشرعي وبما أن المسائل الواردة في هذه الأمثلة محقق أنها لم تحدث على الوجه الشرعي فوجب رفعها توفيقاً للمادة (٢٠).

المادة (١٢٢٥) ـ (إذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور)

إذا كان لأحد حق المرور لمنزله أو بستانه مجرداً عن رقبة الطريق في عرصة آخر ـ ملك أو وقف ـ أو من أرضه الأميرية، فليس لصاحب العرصة أو المزرعة أن يمنعه من المرور والعبور من بعد اليوم. أنظر المادة (١١٩٧).

أما إذا أنكر صاحب العرصة حق المرور فالقول قوله مع اليمين، ولذلك فعلى مدعي حق المرور اثبات حق مروره ولا يكفي أن يكون باب داره واقعاً على تلك العرصة لإثبات حق المرور، وفي هذه الصورة إذا شهد الشهود الذين أقامهم المدعي على مروره من تلك العرصة فلا تقبل أي لا يثبت حق المرور بهذه الشهادة لأن الشهادة المذكورة واقعة على اليد المنقضية والشهادة على ذلك غير مقبولة عند الطرفين أي يجب اثبات أحد الأمرين، أولهما: حق مروره أي حق مرور ذلك الشخص في تلك العرصة، ثانيهما: ملك ذلك الشخص لرقبة الطريق في تلك العرصة كذلك لو أثبت مروره من القديم يقبل أيضاً. أنظر المادة (١٢٢٤).

ولكنْ إذا أقرّ صاحب العرصة وواضع اليد عليها بمرور المدعي من العرصة وادعى أن مروره منها بلا حق أو أثبت المدعي أن صاحب العرصة قد أقر بذلك على الوجه المشروح فيقبل لأن الإقرار باليد المنقضية صحيح (الأنقروي في دعوى الطريق ومسيل الماء).

وذكر حق المرور في الشرح بأنه مجرد عن رقبة الطريق ليس قيداً احترازياً بل لأن تعبير حق المرور هو بهذا المعنى لأنه كما ذكر آنفاً لو كان لأحد طريق في محل معين من عرصة آخر أي كانت رقبة الطريق ملكه فليس لصاحب العرصة منع صاحب الطريق من المرور والعبور. أنظر المادة (١١٩٧).

إذا بين الشهود على الطريق حدودها بيان طولها وعرضها فتقبل ويحكم بقدر ذلك طريقاً.

وإذا لم يبينوا بل شهدوا بأن للمدعي حق طريق في العرصة فقط ولم يبينوا حدودها وطولها وعرضها فتقبل هذه الشهادة أيضاً على القول الأرجح ويعطى للمدعي طريق بعرض باب داره الخارجي ينتهي إلى الطريق الأعظم. أنظر المادة (١١٦٩). (الأنقروي في دعوى الطريق ومسيل الماء)

وقول المجلة «فليس له أن يمنعه» أي صاحب حق المرور، ليس احترازاً من المشتري لأنه لو باع صاحب حق المرور الدار التي له فيها حق مرور مع حق مرورها لآخر فليس لصاحب العرصة منع المشتري من المرور أيضاً سواء كان المشتري واحداً أو متعدداً وليس لصاحب العرصة أن يقول: إن البائع كان شخصاً واحداً وكان يمر بنفسه إلا أن المشترين عشرة أشخاص فلا أقبل مرورهم جميعاً لأن الممر مستحق المرور أبداً (القاعدية في الشرب).

وقول المجلة «لأحد حق المرور» هو تعبير احترازي لأنه إذا لم يكن له حق المرور فلصاحب العرصة منعه. أنظر مادة (٩٦).

مثلاً لو كان أحد يمر بغير حق من العرصة المملوكة لآخر أو من عرصة الوقف فلصاحب العرصة أو المتولي الوقف المذكور منع ذلك الشخص من المرور (البهجة).

وتبين التفصيلات الآتية في حق المرور من أرض الغير: وذلك إذا أحاط صاحب الأرض عرصته بحائط أو بستارة فلا يحل لأحد المرور من تلك الأرض والدخول فيها وإذا لم يحطها على الوجه المشروح فلا يحل لأحد أيضاً المرور منها إذا كان له طريق آخر. أما إذا لم يكن له طريق آخر فيجوز له المرور إذا كان المار شخصاً واحداً. أما إذا كان المارون جماعة فلا يجوز المرور أيضاً كما أنه لا يجوز المرور إذا منع صاحب الأرض المرور صراحة لأن التصريح يبطل الدلالة.

أما المرور من الطريق الحادث فإذا كان معلوماً أن صاحب الملك قد اتخذه طريقاً فيجوز المرور وإذا كان غير معلوم فلا يجوز، كما أنه إذا كان المحل الذي اتخذه صاحب الملك طريقاً مغصوباً فلا يحل المرور منه (البزازية في جنس آخر في غصب الضياع والعقار).

المادة (١٢٢٦) - (للمبيح حق الرجوع عن إباحته، والضرر لا يلزم بالإذن والرضاء، فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك أن يمنعه من المرور إذا شاء)

للمبيح حق الرجوع عن أباحته لأن الأباحة تبرع والتبرعات غير لازمة (أبو السعود).

وقد عرّفت الأباحة في المادة (٨٣٦) بأنها الاذن والترخيص لآخر بأكل وتناول شيء بلا عوض. ويستدل من التفريعات الآتية أن المقصود من الأباحة هنا هو الترخيص لآخر بالإنتفاع بماله بلا عوض (علي أفندي) فعلى ذلك تكون هذه الفقرة عامة وشاملة للمعنى المذكور في المادة (٨٠٦) بأن للمعير الرجوع عن إعارته في أي وقت أراد.

فلذلك لو أذن أحد لآخر بأن يضع جذوعه على حائطه فوضعها فلصاحب الحائط أن يطلب منه بعد مدة رفعها، كما أنه لو باع صاحب الدار داره مع ذلك الحائط فللمشتري أيضاً أن يطلب رفع تلك الجذوع عن الحائط ما لم يشترط حين بيع الدار مع الحائط بقاء تلك الجذوع على الحائط ففي تلك الحال ليس لذلك المشتري حق رفعها لأنه لما شرط ذلك صار كأنه شرط لنفسه، والوارث في هذا بمنزلة المشتري إلا أن للوارث أن يأمره برفع الجذوع والسرداب على كل حال (الخانية).

ولو بنى أحد في الطريق الغير النافذ بناء أو غرفة بإذن عموم أصحاب الطريق. ثم اشترى أحد من غير سكان تلك الدار داراً في تلك الطريق فللمشتري أن يطلب رفع البناء أو الغرفة (الأنقروي في مسائل الحيطان).

والضرر لا يلزم بالاذن والرضاء يعني إذا تحمل أحد ضرراً بإذنه فلا يجبر على تحمل الضرر دائماً (رد المحتار بزيادة).

فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك أو لورثته بعد وفاته منعه من المرور إن شاء، وليس له المرور بعد المنع بزعم أنه مر مدة بإذن من صاحب الملك وأنه قد ثبت له حق المرور بذلك، وإذا باع صاحب العرصة عرصته ولم يشترط صاحب الملك حين البيع على المشتري مروره من العرصة فللمشتري أيضاً منعه من المرور (البهجة)

إن هذا التفريع هو تفريع للفقرتين الواردتين في هذه المادة.

المادة (١٢٢٧) ـ (إذا كان لواحد حق المرور في ممر معين في عرصة آخر فأحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر بإذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره وليس له فيها بعد المخاصمة مع صاحب العرصة. أنظر المادة ٥١)

يبطل الحق المجرد بالإبطال (الأنقروي في الحيطان والقاعدية في الشرب).

ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

أولاً ـ إذا كان لواحد حق المرور، أي حق مرور مجرد عن رقبة الطريق، في ممر معين في عرصة آخر فأحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر بإذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره وليس له فيها بعد حق المخاصمة مع صاحب الأرض بأن يطلب منه رفع البناء ليمر كالأول أو أن يطلب منه عوضاً عن حق مروره. أنظر (المادة (٥١).

ثانياً ـ لو قال صاحب حق مرور: إنني أبطلت وأسقطت حق مروري، فيسقط أيضاً حق مروره وليس له بعد ذلك حق المرور.

ثالثاً ـ لو أحدث أحد بماله لنفسه طاحوناً في الأرض الأميرية التي يتصرف بها آخر بسند طابو

بإذن من المتصرف بالأرض وإذن من صاحب الأرض[1] فليس له أن يطلب من صاحب الطاحون رفعها (جامع الاجارتين).

رابعاً ـ لو كان لأحد حق إجراء الماء وحق المسيل فقط في محل معين من عرصة آخر فقال: قد أسقطت وأبطلت حقي في المسيل، يسقط حقه ولا يبقى له حق مسيل. أنظر شرح المادة (١١٦٥) (التنقيح).

أما إذا لم يكن الحق مجرداً بل كان ملكاً فلا يبطل بالإبطال لأن الملك الذي هو عين لا يبطل بالأعراض بل ان سقوط الحق في الملك يحصل بالتمليك لآخر (الحموي).

ويتفرع عن ذلك مسائل وهي:

أولاً ـ إذا أحي أحد مواتاً بإذن سلطاني ثم تركه فزرعه آخر فالمحيي للأرض أحق بها إذ بإحيائه اياها قد ملك رقبتها ولا تخرج عن ملكه بتركها (الطورى في إحياء الموات).

ثانياً ـ لو ترك أحد أرضه الملك مدة طويلة بدون أن يزرعها ويستعملها فلا تعد تلك الأرض مواتاً ولا يثبت لآخر حق الأحياء. أنظر شرح المادة (١٢٧١).

ثالثاً ـ لو كان أحد مالكاً لرقبة الطريق أو المسيل المار من عرصة آخر فاذن صاحب الأرض أن يبني بناء على تلك الطريق فإذا كان هذا الاذن مقابل اجرة فهو اجارة وإذا كان بلا اجرة فهو إعارة. ويجري في ذلك حكم المادتين (٥٣١ و ٨٣١).

رابعاً ـ إذا قال مالك الطريق أو المسيل قد أبطلت ذلك فلا يبطل.

المادة (١٢٢٨) ـ (إذا كان لأحد جدول أو مجرى ماء في عرصة آخر جارياً من القديم بحق فليس لصاحب العرصة منعه قائلاً: لا أدعه يجري فيها بعد، وعند احتياجها إلى الإصلاح والتعمير يدخل صاحبها إلى المجرى ويعمرها ويصلحها إذا كان ممكناً، أما إذا لم يكن ممكناً أمر التعمير إلا بالدخول إلى العرصة ولم يأذن صاحبها بالدخول إليها فيجبر من طرف القاضي بقوله له: إما أن تأذن له بالدخول إلى عرصتك وإما أن تعمر أنت)

إذا كان لأحد جدول أو مجرى ماء في عرصة أو منزل آخر جارياً من القديم بحق فليس لصاحب العرصة أو المنزل أو مشتري العرصة أو المنزل إذا باعها صاحبها منعه قائلاً: لا أدعه يجري فيها بعد. أنظر شرح المادة (١٢٢٥)

(١) أي من دائرة التمليك «المعرب»

مثلاً لو كان لأحد مجرى ماء في بستان آخر فبنى هو أو مشتري البستان داراً فيه فلا يحق له إبطال حق تسييل صاحب المجرى أي ليس له أن يقول: (إن حق تسييلك كان في البستان وقد أصبح البستان داراً فلم يبق لك حق تسييل (الكفوي بإيضاح).

كذلك لو كان لجماعة حق مجرى من تحت دار وقف من القديم فليس لناظر الوقف منع إجراءالمجرى، كما أنه ليس له طلب المبلغ الذي لم يأخذه من القديم مقابل حق الإجراء (التنقيح)

وعند احتياجهما أي احتياج الجدول ومجرى الماء إلى الإصلاح والتعمير يدخل صاحبهما إلى المجرى ويعمرهما إن أمكن، وليس له الدخول إلى تلك العرصة أو المنزل وإذا أراد الدخول فلصاحبهما منعه. أنظر مادة (٩٦) لأنه ما دام الدخول إلى المجرى والحصول على المقصد ممكناً فليس ثمة ضرورة إلى المرور في ملك الغير (علي أفندي).

أما إذا لم يكن ممكناً أمر التعمير إلا بالدخول في العرصة أو المنزل فإذا لم يأذن صاحبهما بالدخول إلى العرصة أو المنزل فيجبر من طرف القاضي بقوله له: أما أن تأذن له بالدخول إلى عرصتك أو منزلك وأما أن تعمر أنت بمالك. أنظر مادتي (٢١ و ٢٧) (التنقيح والبهجة)

والمادة (١٢٦٨) هي نظير لهذه المادة.

كذلك لو كانت واجهة حائط أحد في ملك الآخر وكانت محتاجة للتعمير أو هدم الحائط المذكور واحتيج لإعادة البناء وكان غير ممكن إجراء ذلك بدون الدخول إلى ملك الآخر فإذا لم يأذن صاحب الملك بالدخول إلى ملكه فيجبر من طرف القاضي بقوله له: أما أن تأذن بالدخول إلى ملكك وأما أن تعمر أو تنشيء الحائط بمالك (البهجة).

المادة (١٢٢٩) ـ (إذا كان ماء مطر دار يسيل من القديم إلى دار الجار فليس للجار منعه قائلاً: لا أدعه يسيل بعد ذلك)

إذا كان ماء مطر دار يسيل من القديم بحق إلى دار الجار أو ساحته فليس للجار منعه قائلاً: لا أدع ماء المطر يسيل بعد ذلك وعليك أن تجري الماء من محل آخر (الفيضية وأبو السعود) أنظر المادة السادسة.

لو كان لأحد داران متلاصقتين إحداهما عامرة والأخرى خربة وكان ميزاب العامرة وملقى ثلجها في الخربة ثم باع الدار لآخر فيبقى المسيل وملقى الثلج على حاله ولو لم يشترط ذلك حين البيع (الخانية). أنظر شرح المادة (١٢٣٢).

وإذا لم يكن قديماً وأحدثه البائع فلمشتري الدار الخربة منع صاحب الدار العامرة من ذلك حتى أنه لو أذن بالإجراء مدة فله حق المبيع بعد ذلك. وإن استثنى البائع لنفسه مسيل الماء وطرح الثلج فاستثناؤه مسيل الماء جائز وطرح الثلج لا يجوز (الهندية في الكتاب الثاني في باب الشرب).

إن هذه المادة هي فرع للمادة (١٢٢٤) ومثال لها، فإذا كان له حق إسالة ماء المطر فليس لجاره منعه لأن له منعه من إسالة ماء الغسيل وغيره، وكذلك إذا كان له حق إسالة ماء الغسيل وماء الوضوء فليس له منعه من إسالة ذلك ولكن له منعه من إسالة ماء المطر (الهندية).

مثلاً لو كان ماء مطر محلة يسيل من القديم إلى دار أحد فلأهالي تلك المحلة إسالة ماء المطر كالأول إلا أنه ليس لهم إسالة الماء القدر كماء الغسيل لأن ذلك هو استعمال لملك الغير بلا إذن وهو ممنوع حسب المادة (٩٦).

أما ماء المطر فحيث إن إجراؤه قديم فيكون إجراؤه بحق فأصبح اجراؤه جائزاً وإجراء ما عداه غير جائز (الخيرية والتنقيح).

المادة (١٢٣٠) - (إذا كانت مياه دور واقعة على طريق تنصب من القديم في تلك الطريق ومنها تجري من عرصة واقعة تحت الطريق فليس لصاحب العرصة سد المسيل القديم الواقع في عرصته فإذا سده يرفع سده من طرف القاضي ويعاد إلى وضعه القديم)

إذا كانت مياه دور واقعة على طريق أي على طرف طريق تنصب من القديم في تلك الطريق ومنها تجري من عرصة واقعة تحت الطريق من القديم فليس لصاحب العرصة سد المسيل القديم الواقع في عرصته. أنظر المادة (١٩) فإذا سدّه يرفع سده من طرف القاضي ويعاد إلى وضعه القديم. أنظر المادة (٢٠).

إن ما ورد في هذه المادة والمادة السالفة مسائل من جنس واحد وضابط هذه المسائل هو: يعتبر القدم في المجرى، وعليه فهذه المادة والمادة السابقة هما فرعان للمادة (١٢٢٤).

المادة (١٢٣١) - (ليس لأحد أن يجري مياه غرفته المحدثة إلى دار آخر)

ليس لأحد إحداث حق مسيل في ملك الغير إن لم يكن له حق مسيل فيه. أنظر المادة (٩٦).

فلذلك ليس لأحد أن يجري ماء غرفته المحدثة أو ماء كنيفه إلى دار آخر أو إلى عرصته أو إلى ساحة داره سواء كان ذلك مضراً أو غير مضر.

كذلك ليس له أن يجري الماء الذي سيجريه إلى منزل آخر بغير حق من مجرى آخر يسيل إلى دار آخر (الفيضية). أنظر المادة (١٢٢١).

كذلك لو كان لأحد مجرى في دار وأراد إسالة مائه منه فلصاحب الدار منعه ما لم يثبت أن له حق مسيل فيه أو أن يثبت قدم المسيل. أنظر شرح المادة (١٢٢٤).

المادة (١٢٣٢) - (ليس لصاحب الدار أو لمشتريها إذا باعها منع المجرور الذي له حق مسيل في داره من السيل كالسابق)

والحق أن تكون العبارة على الوجه الآتي: (إذا كان لأحد في دار آخر مجرور مع حق مسيل فليس لصاحب الدار أو لمشتريها إذا باعها صاحبها منع سيله كالسابق)

يرى أنه قد نسب حق المرور في المادتين (١٢٢٥ و١٢٢٦) للشخص كما أن حق المسيل قد نسب في المادة (١٤٤) للدار وقد نسب هنا حق المسيل للمجرور. فلذلك لو كان في دار أحد مجرور لدار أخرى وكان لذلك المنزل حق بإسالة مياه تلك الدار القذرة من ذلك المجرور فليس لصاحب الدار أو المشتري الدار منع الإسالة، هذا إذا كان حق المسيل بحق أي أن يكون المسيل المذكور قديماً أو أن تكون تلك الدار في الأصل مشتركة مع ذلك المنزل فقسمت على أن يكون للمنزل حق مسيل في تلك الدار. أما إذا لم يكن قديماً بل أسال المجرور مدة بإذن من صاحب الدار فلصاحب الدار الرجوع عن إذنه توفيقاً للمادة (١٢٢٦) ومنعه من الإسالة، كما أن للمشتري منعه ما لم يشترط صاحب الدار حين بيع الدار بقاء مسيل ذلك المنزل. أنظر المادة (١٢٢٦).

أما إذا اختلف صاحب المنزل والدار فادعى صاحب المنزل أن له حق المسيل في تلك الدار وادعى صاحب الدار أنه ليس له حق مسيل فينظر: فإذا كان معلوماً جريان المسيل أثناء الإختلاف فالقول لصاحب المنزل وإذا كان غير معلوم جريانه فإذا أثبت صاحب المنزل أن المجرور له، أو أثبت أن له حق الإجراء في ذلك المجرور، أو أثبت أن حق مسيله قديم، فله الإجراء لأنه في الصورة الأولى يكون قد أثبت ملك الرقبة وفي الصورة الثانية والثالثة حق الإجراء بحجة شرعية أنظر شرح المادة (١٢٢٤).(مجمع الأنهر في فصل وكري الأنهار العظام من بيت المال مع زيادة) .

وقول المجلة «إذا باع الدار» ليس تعبيراً احترازياً لأنه لو باع من صاحب المنزل وصاحب الدار داره لشخصين مختلفين فليس لمشتري الدار منع مشتري المنزل من الإسالة (الهداية في الباب الخامس من كتاب الشرب) .

لو كان المنزل والدار المذكورين مملوكين لشخص واحد وباعهما المالك لشخصين مختلفين فالحكم على المنوال المشروح أيضاً، وذلك لو كان حق مسيل منزل من القديم في دار أخرى وكان المنزل والدار المذكوران مملوكين لمالك واحد فباع المالك المنزل لأحد والدار لآخر فليس لمشتري الدار سد المسيل القديم. أما إذا كان المسيل المذكور غير قديم فينظر: فإذا شرط المالك حين بيعه الدار حق مسيل ذلك المنزل من تلك الدار فليس لمشتري الدار منع المسيل، وإذا لم يشرط ذلك فله منعه (الهندية في الباب الثاني من كتاب الشرب).

المادة (١٢٣٣) - (إذا امتلأ المجرور الجاري بحق في دار آخر أو تشقق وحصل منه ضرر فاحش لصاحب الدار فيجبر صاحب المجرور على دفع الضرر)

إذا امتلأ المجرور الجاري بحق في دار آخر أو تشقق وحصل منه ضرر فاحش لصاحب الدار فيجبر صاحب المجرور على دفع هذا الضرر أي يجبر على إصلاح المجرور أنظر المادة (٢٠) وليس لصاحب المجرور أن يقول لصاحب الدار: أصلحه أنت وادفع الضرر عنك، ولا يجبر صاحب المجرور على تعمير الخراب الذي حصل من سيل الأوساخ فى الدار .

كذلك لو انشق النهر الخاص المملوك لأحد الجاري في أراضي جماعة بحق وخرب أراضيهم فيجبر صاحب النهر على تعمير وإصلاح النهر. أنظر المادة (٢٠). ولكن لا يجبر على إصلاح أراضي الجماعة المذكورين التي خربها النهر. أنظر مادة (٩٣). (الهندية والتنقيح)

قيل في المجلة «بحق» لأنه إذا كان بغير حق فيرفع. أنظر المادة (١٢٣١)

الباب الرابع

في بيان شركة الإباحة

(ويشتمل على سبعة فصول)

الفصل الأول

(في بيان الأشياء المباحة والغير المباحة)

المادة (١٢٣٤) - (الماء والكلأ والنار مباحة، والناس في هذه الأشياء الثلاثة شركاء)

الماء والكلأ الغير المحرزين والنار المشعولة من أحد في الصحراء الغير المملوكة لأحد مباحة يعني أنه ينتفع من الماء والكلأ بإحرازهما وتملكهما ومن النار بالتدفئة وغرس شيء على نورها وضيائها وبإشعال المصباح منها. وجميع الناس شركاء في هذه الأشياء الثلاثة شركة إباحة. أنظر المادة (١٠٤٥)، وليس الناس مشتركين فيها شركة ملك.

والفقرة الثانية من هذه المادة هي مأخوذة من الحديث الشريف «المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار» والإقتصار في هذه المادة على هذه الأشياء الثلاثة هو للتبرك لأن الناس شركاء مع بعضهم في غير هذه الأشياء وذلك (رابعاً) في الأشجار النابتة من نفسها في الجبال المباحة و (خامساً) في الصيد و (سادساً) في أثمار الأشجار النابتة من نفسها في الأراضي التي لا صاحب لها والناس في هذه الستة شركاء. أنظر المواد (١٢٤٣ و ١٢٤٧ و ١٢٥٩) وبما أن المخاطبين في الشريعة هم المسلمون فقد وجه الخطاب في الحديث الشريف إلى المسلمين وليس للاحتراز من غير المسلمين فلذلك فغير المسلمين في المعاملات كالمسلمين «شرح المشارق لابن الملك».

ليست جميع الأشياء الثلاثة المذكورة في المجلة مباحة وليس جميع الناس شركاء فيها بل أن قسماً منها مباح ومشترك وقسم منها غير مباح وغير مشترك. وذلك فإن المياه الغير المحرزة كمياه الحياض والعيون والآبار والأنهار مباحة. أما المياه المحرزة في الأواني فهي غير مباحة بل ملك لمحرزها والحكم في الكلأ والنار هو على هذا الوجه ولذلك فقد بين فى المواد «١٢٣٥ ، ١٢٣٦ و

١٢٣٧ و ١٢٣٨» المياه المباحة كما أنه قد ذكر في المادة «١٢٤١» الكلأ المباح وغير المباح وذكر في المادة «١٢٦١» النار المباحة وغير المباحة، وعليه فهذه المادة مجملة وقد فصلت ووضحت في المواد السالفة الذكر «الخانية في كتاب الشرب».

الشركة في الماء على نوعين، النوع الأول: الشركة في حق الشفة، النوع الثاني: الشركة في الشرب وكل شركة في حق الشرب هي شركة أيضاً في حق الشفة، وقد ذكر هذان النوعان من الشركة في المواد«١٢٦٥ و ١٢٦٦ و ١٢٦٧ و ١٢٦٨».

الماء ـ المياه على أربعة أنواع، النوع الأول: مياه البحار، وحكمها قد ورد في المادة «١٢٦٤» النوع الثاني: مياه الأودية العظام كنهر سيحون المار من مدينة حلب وسيجيء تعريفها في المادة «١٢٣٨» وحكمها في المادة « ١٢٦٥» ولكل في نوعي هذه المياه حق الشرب وحق الشفة، النوع الثالث: المياه الداخلة في المقاسم، وتعريف هذه المياه وتقسيمها سيجيء في المادة «١٢٣٩» وحكمها في المادة « ١٢٦٨» وفي هذا النوع من المياه لكل الناس حق الشفة فيها وليس لهم حق الشرب، النوع الرابع: المياه المحرزة في الأواني وحكمها مذكور في المادة « ١٢٤٩» وفي هذا النوع من المياه ليس لأحد غير مالكها أي حق فيها.

الكلأ ـ هو على ثلاثة أنواع أيضاً، النوع الأول: وهو الأعم هو الكلأ النابت في الأرض الغير المملوكة لأحد، وحكمه مذكور في المواد (١٢٤١ و ١٢٥٦ و ١٢٥٨)، والناس في هذا الكلأ شركاء باطعامه لحيواناتهم وباحتشاشه.

النوع الثاني ـ الكلأ الخاص وهو الكلأ الذي ينبت في ملك أحد دون تسببه، وهذا الكلأ وإن كان مباحاً إلا أن لصاحب الملك حقاً في منع الغير من دخول ملكه، وحكمه قد ورد في المادة (١٢٥٧).

النوع الثالث: وهو الكلأ الذي جمعه أحد من المواضع المباحة وكوّمه، أو الكلأ النابت في ملكه بتسببه. وحكمه قد ورد في الفقرات الأولى والثانية والثالثة والرابعة من المادة (١٢٤١) وفي المادة (١٢٥٢) (رد المحتار).

المادة (١٢٣٥) ـ (المياه الجارية تحت الأرض ليست بملك لأحد)

لأنها مباحة ولكل واحد من الناس أخذ هذه المياه والإنتفاع منها.

ويتفرع عن ذلك مسائل:

١ ـ لو حفر أحد بئراً في ملكه وأخرج ماءها ثم حفر آخر بئراً في ملكه في قرب تلك البئر فجذبت ماء البئر الأولى فليس لصاحب البئر الأولى منعه لأن ذلك الشخص لا يعتبر معتدياً لتصرفه في ملكه كما أن المياه التي تحت الأرض ليس بملك أحد (التنوير والغرر والخانية) وقد بين ذلك في المادة (١٢٩١). (الدر المختار والفيضية).

سؤال ـ قد ذكر أن الضرر الفاحش يدفع بأي وجه كان بحكم المادة (١٢٠٠) كما أنه قد ذكر في شرح المادة (١١٩٩) أن الشيء الذي يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من مال والذي يخرجه من الإنتفاع بالكلية ضرر فاحش، كما أنه قد ذكر في المادة (١٢١٢) أنه لو أنشأ أحد بالوعاً في قرب بئر جاره وأفسد ماء البئر يدفع ضرره، كما أنه قد ذكر في المادة (١٢٥٤) أن لكل حق الإنتفاع في الأشياء المباحة بشرط عدم الإضرار بالغير. فعلى أحكام هذه المسائل فلا يجب أن يكون هذا ضرراً فاحشاً، وما الفرق؟ تأمل في الجواب .

٢ ـ لو حفر أحد بئراً خارج حريم بئر وجذبت البئر الثانية مياه البئر الأولى فلا يلزم شيء حسب المادة (١٢٨٨).

المادة (١٢٣٦) ـ (الآبار التي ليست محفورة بسعي وعمل شخص مخصوص بل هي من القديم لانتفاع كل وارد هي من الأشياء المباحة والمشتركة بين الناس)

الآبار التي ليست محفورة بسعي وعمل شخص مخصوص ـ أي لم يكن ذلك الشخص قد حفرها بنفسه بل هي من القديم لانتفاع كل وارد من مائها ـ هي من الأشياء المباحة والمشتركة بين الناس[1] فلذلك للعامة الإنتفاع بهذه الآبار وليس لأحد الناس منع الآخر من الانتفاع. أنظر المادة (١٢٥٤).

أما البئر المنشأة بسعي وعمل شخص مخصوص أي البئر التي حفرها أحد لنفسه فهي ملك لحافرها ومستخرجها، أما المياه التي في البئر فلا تكون أيضاً ملك صاحب البئر. أنظر المادة (١٢٥١) (رد المحتار وعلي أفندي).

المادة (١٢٣٧) ـ (البحار والبحيرات الكبيرة مباحة)

وعليه فلكل واحد من الناس أن يحفر جدولاً ويجري منه ماء البحار والبحيرات لأرضه وينتفع بحق الشرب وحق الشفة وليس لأحد منعه من الإنتفاع بالمياه المذكورة على الوجه الذي يريده إذا لم يكن مضراً بالعامة. أما إذا كان مضراً بالعامة كأن تفيض المياه وتفسد حقوق الناس فيمنع (رد المحتار والطحطاوي في الشرب) أنظر المادة (١٢٥٤).

والمقصود هنا من البحيرات الكبيرة البحيرات التي لم تكن ملكاً ومالاً لأحد ولم تحرز سواء كانت كبيرة كبحيرة طبريا أو صغيرة فكلاهما مباح .

أما البحيرات الحاصلة بصنع وإحراز أحد فليست بمباحة وذلك لو عمل إنسان بحيرة كبيرة

---

١) إذ أن كل بئر تنشأ من حفر الإنسان لها ولا تنشأ البئر المعروفة بدون إجراء عمليات الحفر ولذلك فمعنى البئر التي لم تحفر بسعي وعمل شخص مخصوص هي البئر الوقف التي حفرت للعامة، فللعامة حق الانتفاع بها، وليس لأحد من الناس أن يمنع الآخر من الانتفاع. (علي أفندي في الشرب).

في ملكه وأسال الماء إليها وانقطع جريان الماء إليها فالمياه التي في هذه البحيرة ليست مباحة بل تكون ملكاً لذلك الشخص والمياه التي في الجرة والحب[1] والبرميل والصهريج هي من هذا القبيل أيضاً، والمسألة المذكورة في المادة (١٢٦٤) (إن لكل أن ينتفع بالهواء والضياء كما أن له أيضاً أن ينتفع بالبحار والبحيرات) هي فرع لهذه المادة ومثال لها.

المادة (١٢٣٨) - (الأنهار العامة الغير المملوكة. وهي الأنهار التي لم تدخل في مقاسم أي في مجاري ملك جماعة - مباحة أيضاً كالنيل والفرات والطونة والطونجة)

الأنهار العامة الغير المملوكة وهي الأنهار التي لم تدخل في مقاسم أي في مجاري ملك جماعة ليست ملك أحد كالبحار والبحيرات بل هي مباحة فلذلك لكل ان ينتفع بها بشرط أن لا يكون مضراً للعامة كما هو مبين في المادة (١٢٥٤) وذلك أن له فتح جدول وأن يجري منه الماء إلى أرضه وأن يسقي أرضه وأن ينشئ طاحوناً وأن يتخذ سانية ومشرعة (البهجة).

أما إذا كان ذلك مضراً بالعامة بأن تفيض المياه وتفسد حقوق الناس أو تمنع سير السفن فلكل الناس حق منعه، هذا في الأنهار وأما في البحر فإنه ينتفع به وان ضرّ، وبه صرح القهستاني وسيبحث في شرح المادتين(١٢٦٣ و١٢٦٤) عن هذه المسألة.

ولكل الناس في هذه الأنهار العامة حق الشفة سواء كان ذلك مضراً بالعامة أو غير مضر والأنهار العامة الغير المملوكة هي كنهر النيل الجاري في القطر المصري ونهر الفرات الجاري في العراق ودجلة (ويقرأ بكسر الدال وفتحها) وشط العرب (وهو يحصل من اجتماع دجلة والفرات) ونهر الطونة (الدانوب) الذي يقع قسم منه في بلاد رومانيا ونهر الطونجة المسمى أيضاً بنهر المريج الذي يجري في مدينة أدرنة فهذه الأنهار العظيمة ليست ملكاً لأحد لأن الملك حسب المادة (١٢٤٩) يحصل بالإحراز ووضع اليد وإحراز هذه الأنهار ووضع اليد عليها غير ممكن فما دام أن هذه الأنهار لا تحرز فهي مشتركة بين الناس حسب المادة (١٢٣٤) ويثبت لكل الناس حق الإنتفاع فيها حسب المادة (١٢٦٥) (التنوير ورد المحتار في أوائل الشرب والزيلعي في الشرب)

المادة (١٢٣٩) - (الأنهار المملوكة وهي التي دخلت في مقاسم على الوجه المشروح نوعان، النوع الأول: هو الأنهار التي يتفرق وينقسم ماؤها بين الشركاء لكن لا ينفذ جميعه في أراضي هؤلاء بل تجري بقيته للمفازات أي البراري المباحة للعامة، وبما أن الأنهار التي من هذا القبيل عامة من وجه فتسمى بالنهر العام ولا تجري فيها الشفعة، النوع الثاني: النهر الخاص وهو الذي يتفرق وينقسم ماؤه على أراضي أشخاص معدودين والذي ينفذ ماؤه عند وصوله إلى نهاية أراضيهم

١) الحب خابية يوضع فيها الماء ومن الأمثال لك عندي حب وكرامة (المعرب)

ولا ينفذ إلى مفازة والشفعة إنما تجري في هذا النوع فقط)

الأنهار المملوكة وهي التي دخلت في مقاسم على الوجه المشروح أي في مجاري ملك جماعة نوعان وتعريف كل منها وأحكامه مبين في المادة (١٢٦٧).

النوع الأول ـ هو الأنهار التي يتفرق وينقسم ماؤها بين الشركاء لكن لا ينفذ جميعه في آخر أراضي هؤلاء بل تجري بقيته للمفازات أي البراري المباحة للعامة بأن يفتح عدة أشخاص جدولاً بالإشتراك وتسيل المياه منه إلى مزارعهم وأن لا تنفذ تلك المياه في مزارعهم بل تجري بقيتها للبراري، وبما أن الأنهار التي هي من هذا القبيل عامة من وجه فتسمى بالنهر العام ولا تجري فيها الشفعة كما لا تجري في الأنهار الغير المملوكة.

النوع الثاني ـ النهر الخاص وهو الذي يتفرق وينقسم ماؤه على أراضي أشخاص معدودين والذي ينفد ماؤه عند وصوله إلى نهاية أراضيهم ولا ينفذ إلى مفازة، وقد أعطيت إيضاحات عن ذلك في شرح المادة (٩٥٥) (منلا مسكين). والشفعة إنما تجري في هذا النوع فقط باعتبار أنه خليط في حق المبيع. أنظر شرح المادة (١٠٠٨).

الخلاصة، الأنهار على قسمين:

القسم الأول ـ الأنهار الغير المملوكة وهي أيضاً على نوعين: إما عامة، وإما خاصة. فعلى هذا الحال يبلغ مجموع أقسام الأنهار ثلاثة (١) النهر الغير المملوك العام (٢) النهر المملوك العام (٣) النهر المملوك الخاص.

والفرق بين العام والخاص من الأنهار المملوكة في حكمين:

١ ـ لا تجري الشفعة في الأنهار المملوكة العامة ولكن تجري الشفعة في الأنهار المملوكة الخاصة

٢ ـ لا يجبر الناس على كرى الأنهار المملوكة العامة كما جاء في المادة (١٣٢٣).

وكان يجب أن تذكر هذه المادة إما في كتاب الشفعة، وهو الأولى. وقد ذكرها القهستاني على هذا الوجه. وإما أن تذكر في الفصل الثاني من الباب الخامس من هذا الكتاب.

وخلاصة هذه المواد الثلاث هي أن كل الناس متشاركون في حق الشفعة في أنواع المياه الأربعة وهي: (١) البحار، (٢) البحيرات، (٣) الأنهار العامة، (٤) الأنهار المملوكة العام والخاص منها أما في حق الشرب فالعامة شركاء في حق الشرب في البحار والبحيرات والأنهار العامة، أما في حق الشرب في الأنهار المملوكة فالعامة غير شركاء فيها بل أن حق الشرب فيها محصور في أصحابها.

المادة (١٢٤٠) ـ (الطمى الذي يأتي به النهر إلى أراضي أحد هو ملكه ولا

يسوغ لأحد أن يتعرض له)

الطمى الذي يأتي به النهر أو السيل إلى أراضي أحد هو ملكه ولو كان هذا الطمى بمقدار ذراع أو أكثر ولا يسوغ لأحد أن يتعرض له أي ليس لأحد أخذه فإذا أخذه يضمن لأنه باجتماع التراب في ملكه قد أصبح ذلك التراب من أجزاء ملكه، وإن المادة (١٣٠٥) هي نظير هذه المادة.

وقوله «الطمى» للإحتراز من الشجر لأن ما يأتي به النهر من الشجر والأغصان لا يكون مملوكاً لصاحب الأرض فإذا أتى بها السيل يقلعها من الجبال المباحة فتكون بلا صاحب ولكل أخذها.

وكذلك الصيد إذا أصبح في حالة لا يمكنه الفرار فلا يكون ملكاً لصاحب الأرض وكل من يأخذه يملكه. أنظر المادة (١٣٠٤). (الخانية في الموات بزيادة)

المادة (١٢٤١) - (كما أن الكلأ النابت في الأراضي التي لا صاحب لها مباح كذلك الكلأ النابت في ملك شخص بدون تسببه مباح أيضاً. أما إذا تسبب ذلك الشخص في هذا الخصوص بأن أعدّ أرضه وهيأها بوجه ما لأجل الإنبات كسقيه أرضه أو إحاطتها بخندق من أطرافها فالنباتات الحاصلة في تلك الأرض تكون ماله فلا يسوغ لآخر أن يأخذ منها شيئاً فإذا أخذ شيئاً واستهلكه يكون ضامناً)

كما أن الكلأ النابت في الأراضي التي لا صاحب لها كالأراضي الموات والجبال المباحة مباح كذلك الكلأ النابت في ملك شخص بدون تسببه مباح أيضاً. وهذا الكلأ ليس ملكاً لأحد فلكل إنسان أخذه وإذا تملكه أحد لا يسترد منه. أنظر المادة (١٢٥٧).

وبيع هذا الكلأ قبل إحرازه باطل. أنظر شرح المادة (٣٦٣). (النتيجة)

أما إذا تسبب هذا الشخص في هذا الخصوص بأن أعدّ أرضه وهيأها بوجه ما لأجل الإنبات كسقيه الأرض أو إحاطتها بخندق من أطرافها أو حرثها للكلأ فالنباتات الحاصلة في تلك الأرض أي الكلأ تكون ماله لأنه كسبه ومكتسب بالكسب (الهندية).

كذلك لو زرع هذا الكلأ فالكلأ الحاصل يكون ماله سواء كان زرعه في أرضه أو في أرض غيره (الزيلعي في الشرب).

مثلاً لو زرع أحد برسيما في أرض غيره فالنبات الحاصل من زرع البرسيم مال للزارع. أنظر المادة (١٢٦٩)

فلا يسوغ لآخر أن يأخذ منه شيئاً بغير إذن. أنظر المادة (٩٧) فإذا أخذه واستهلكه يكون ضامناً. أنظر المادة (٨٩١) وإذا كان موجوداً عيناً يسترده. أنظر المادة (٨٩) (الهندية)

المادة (١٢٤٢) - (الكلأ هو النبات الذي لا ساق له، ولا يشمل الأشجار، والفطر أيضاً في حكم الحشيش)

الكلأ: هو النبات الذي لا ساق له وإذا نبت ينبسط وينتشر على الأرض، ولا يشمل تعبير الكلأ الأشجار إذ أن حكم الأشجار قد بين في المادة (١٢٤٤) فلذلك فالأشجار النابتة في ملك أحد من نفسها أو الحاصلة بغرس وغير معلوم غارسها هي ملك لصاحب الأرض فلا يجوز لآخر احتطابها بدون إذن صاحب الأرض فإذا احتطبها أحد يضمن.

والحشيش والشوك من الأشجار أيضاً لأن لهما ساقاً وساق الشجرة عبارة عن جذعها ويقال قطع ساق الشجرة أي جذعها والفيروزج وهو الحجر الثمين (وهو معرب من كلمة پيروزة الفارسية) ويسمى حجر العين والقير أي الزفت والزرنيخ كالشجر فإذا وجدت هذه الأشياء في ملك أحد فهي له فإذا أخذها آخر يضمنها.

والفطر وكذلك الكمأة هما في حكم الكلأ، ولذلك فالذي يأخذ الفطر يملكه وليس لصاحب الأرض الذي نبت فيه استرداده من آخذه (رد المحتار في الشرب وفي البيع الفاسد).

المادة (١٢٤٣) - (الأشجار التي نبتت من نفسها في الجبال المباحة أي الجبال التي لم تدخل في يد تملك أحد مباحة)

كذلك الأشجار المنسوبة إلى قرية أو أهلها الواقعة في فناء القرية ولم تكن في ملك أحد الخاص فلا بأس من احتطابها إذا لم يكن معلوماً بأنها ملك لأحد (الخانية).

وسبب قوله «الأشجار النابتة من نفسها» يفهم من المادة (١٢٤٥).

المادة (١٢٤٤) - (الأشجار النابتة من نفسها في ملك أحد هي ملكه فليس لآخر أن يحتطبها بدون إذنه فإن فعل يضمن)

الأشجار النابتة من نفسها أو المغروسة من أحد وغير معلوم غارسها في ملك أحد هي ملكه وليست مشتركة بين الناس ومباحة لهم، فلذلك ليس لآخر احتطابها بدون إذنه. أنظر المادة (٩٧) فإن احتطبها وكانت موجودة في يده فتسترد عيناً وإذا استهلكها يضمنها (الهندية في الباب الأول من الشرب والخانية).

ويفهم من المادة (١٢٤٢) إن الشجر هو الذي له ساق أي الذي إذا نبت يقوم على ساقه، وعليه فالحشيش والشوك الأحمر هما من نوع الشجر.

وتعبير «النابتة من نفسها» ليس احترازياً ولذلك فالشجر الذي ينبت بغرس من صاحب الأرض هو ملك لصاحب الأرض بطريق الأولى.

وكما تكون هذه الشجرة ملكه فالأغصان النابتة من عروقها في عرصة جاره هي ملك له أيضاً لأن هذه الأغصان جزء من ملكه ويجبر على قلع تلك الأغصان وتفريغ عرصة جاره (الخانية). أنظر المادة (٩٠٩).

المادة (١٢٤٥) - (إذا طعّم أحد شجرة فكما أن الخلف الذي هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته تكون له أيضاً)

أي يكون الثمر ملكه أيضاً فلذلك ليس لآخر أن يأخذ الثمر أو الخلف الحاصل من التطعيم بدون إذنه فإذا أخذ يضمن. أنظر مادتي (٨٩٠ و ٨٩١)، ولكن لا يكون مالكاً للشجرة بمطلق تطعيمها إذا كانت تلك الشجرة ملكاً للغير كما يفهم ذلك من التفصيلات الآتية. وذلك أنه يوجد ثمانية احتمالات في الشجرة المذكورة في هذه المادة:

١ - أن تكون تلك الشجرة حاصلة بغرس ذلك الشخص ففي هذا الحال تكون الشجرة في الأصل ملكاً له كما بين في شرح المادة الآنفة كما يكون الخلف الحاصل من التطعيم ملكاً له أيضاً.

٢ - أن تنبت الشجرة من نفسها في ملك ذلك الشخص الذي يملكه مستقلاً ففي هذا الحال تكون الشجرة ملكه بحكم المادة (١٢٤٤) كما يكون أيضاً الخلف الحاصل من التطعيم ملكه.

٣ - أن تنبت الشجرة المذكورة من نفسها في العرصة المملوكة المشتركة بين اثنين أو في أراض مملوكة بالإشتراك فيطعمها أحد الشريكين بلا إذن الآخر وفي هذه الصورة تكون الشجرة المطعمة ملكاً للشريك المطعم ولا يشاركه فيها الشريك الآخر وفي هذا الحال تقسم العرصة أو الأراضي المملوكة، فإذا أصابت الشجرة المطعمة الشريك المطعم فبها، وإذا أصابت الشجرة المطعمة حصة الشريك الآخر فيقلع التطعيم. أنظر المادة (١١٧٣). (فتاوي أبي السعود في الموات)

٤ - أن تكون تلك الشجرة نابتة من نفسها في الأرض التي يتصرف فيها آخر بسند تمليك، فليس للأجنبي أن يطعّم تلك الشجرة ويربيها بدون إذن المتصرف في الأرض وللمتصرف في الأرض حق منعه من تطعيمها وإذا أطعمها فلصاحب الأرض حق بأن يقطع الشجرة من محل التطعيم بمعرفة المأمور المخصوص.

٥ - أن تكون تلك الشجرة في الجبال المباحة يعني لو طعم أحد شجرة نابتة في الجبال المباحة من نفسها فيملك تلك الشجرة بالتطعيم كما أنه يملك الخلف الحاصل من التطعيم.

٦ - أن تكون تلك الشجرة نابتة من نفسها في الأراضي التي يتصرف بها مستقلاً أو مشتركاً مع آخر بسند تمليك يعني إذا طعم أحد الشجرة النابتة من نفسها في الأرض التي يتصرف بها مستقلاً أو مشتركاً بسند تمليك وربى تلك الشجرة فيتملكها ولا يحق لشريكه المداخلة بها.

٧ - أن تكون تلك الشجرة واقعة في ملك الآخر الذي يملكه مستقلاً سواء كانت نابتة من

نفسها أو مغروسة من صاحبها فإذا طعم أجنبي هذه الشجرة بدون إذن صاحبها، يملك الخلف الحاصل من قسم التطعيم والثمرة الحاصلة منه.

٨ ـ أن تكون تلك الشجرة نابتة في مرعى أهالي قرية فإذا جاء أحد من الخارج وطعم شجرة الثمر الواقعة في مرعى القرية فيملك الخلف الحاصل من التطعيم والثمر الحاصل منه (فتاوي أبي السعود في الموات).

وقد ذكر في الخيرية قولان في تملك الشجرة المطعمة في الصورتين السابعة والثامنة:

القول الأول ـ لا يتملك المطعم الشجرة وتبقى تلك الشجرة ملكاً لصاحبها ذلك الشخص أو أهالي تلك القرية وبقاء ملك صاحب الشجرة هو الأصل إذ لا وجه لانقطاع حق ملكه منها بالتطعيم وهذا القول موجب للطمأنينة.

القول الثاني ـ أن يملك المطعّم تلك الشجرة أي أن يملك الخلف الحاصل من التطعيم ويملك أيضاً الشجرة التي وصل بها التطعيم وفي هذا الحال يضمن المطعم قيمة تلك الشجرة قبل التطعيم غير مقطوعة كما أنه يضمن قيمة الثمر الذي كان عليها صالحاً لتناول بني الإنسان (الخيرية) وسبب هذا القول هو أنه قد تبدل اسم الشجرة بتطعيمها وذلك فقد كان اسمها قبل التطعيم مثلاً شجرة بطم فأصبح اسمها بعد التطعيم شجرة فستق. أنظر المادة (٨٩٩)

وفتوى شيخ الإسلام أبي السعود بأنه إذا طعم أحد الشريكين الشجرة الواقعة في الملك المشترك بدون إذن شريكه فيملكها الشريك المطعم هي بحسب الظاهر مبنية على هذا القول الثاني لأن الشريك المطعم أجنبي في تطعيم حصة شريكه وعليه فحسب القول الأول لا يملك الشريك المطعم حصة شريكه في الشجرة المطعمة.

المادة (١٢٤٦) ـ (كل نوع من حاصلات البذر الذي زرعه أحد لنفسه هو ملكه فلا يتعرض لها من أحد)

كل نوع من حاصلات البذر الذي زرعه أحد لنفسه كالحنطة والتبن إذا كان البذر حنطة هو ملكه فلا يتعرض لها من أحد ولا يؤخذ منها. أنظر المادة (٩٧) والفقرة الثانية من المادة (١٠٨٩) سواء زرع البذر في ملكه أو زرعه في ملك الغير بإذن من صاحب الملك أو بطريق الإجارة أو الإستعارة منه أو غصباً بدون إذن (الزيلعي بزيادة) حتى أنه لو زرع أحد بذراً في أرضه ومرت مدة ولم ينبت الزرع ثم باع صاحب الأرض أرضه لآخر وسلمها له فنبت البذر بعد ذلك فيكون النبات للبائع لأن هذا النبات هو ملك لصاحب البذر حيث أنه فرع عن البذر (الولواجية قبيل كتاب الشرب) وقد ذكر في كتاب البيوع أيضاً أن الزرع المزروع في الأرض لا يدخل في المبيع.

ويفهم من ذكر البذر بصورة مطلقة في هذه المادة أن البذر المذكور سواء كان ملكه أو كان

مغصوباً فلذلك لو غصب أحد بذر الآخر وزرعه في أرضه فحاصلات البذر تكون له وللمغصوب منه أن يضمن الغاصب مثل البذر فقط. أنظر المادة (٨٩٩).

وتعبير «لنفسه» للاحتراز من الزرع بالوكالة والنيابة وذلك لو أمر أحد آخر أن يزرع هذا البذر في أرضه وزرع المأمور ذلك البذر بناء على هذا الأمر لأمره فتكون الحاصلات للآمر.

المادة (١٢٤٧) ـ (الصيد مباح)

لأنه قد ورد في الآية الكريمة ﴿أحل لكم صيد البر والبحر. وإذا حللتم فاصطادوا﴾

وعليه فلكل أن يصطاد الصيد فلو اصطاد أحد صيداً في أراضي آخر أو في المفازة الغير المملوكة لأحد أي في الصحراء فالصيد الذي يصطاده يكون ملكه وليس لصاحب الأرض أو لمتعهد المفازة من بيت المال التعرض للصيد المذكور. أنظر المواد(١٢٩٢ و ١٢٩٧ و ١٣٠٠) ومع ذلك فالاشتغال بالصيد يورث الغفلة وقد ورد في الحديث (من اتبع الصيد غفل) (الهندية وعبد الحليم)

ولكن أباحة الصيد مقيدة ومشروطة بثلاثة شروط: ـ

١ ـ أن لا يكون مضراً بالغير، فإذا كان الصيد يوجب حصول محذور كنفور الحيوانات وخوف واضطراب الإنسان فيمنع الصيد. أنظر المادة (١٩) وشرحها.

٢ ـ أن لا يكون الصيد للتلهي فإذا كان الصيد للتلهي فهو غير مباح .

٣ ـ أن لا يتخذ الصيد حرفة وصنعة وعليه فلو اتخذ أحد الصيد حرفة وصنعة له فلا يكون مباحاً (عبد الحليم في أوائل كتاب الصيد).

الفصل الثاني

(في بيان كيفية استملاك الأشياء المباحة)

المادة (١٢٤٨) ـ (أسباب التملك ثلاثة: الأول، الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة. الثاني: أن يخلف أحد آخر كالإرث. الثالث: إحراز شيء مباح لا مالك له، وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على ذلك الشيء وإما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع المطر ونصب شبكة لأجل الصيد)

أسباب التملك ثلاثة:

الأول ـ الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة والهدية والتصدق والتسليم مقابل بدل أو بلا بدل. وقد ذكر في شرح المادة (٨٩٩) أن تغيير االغاصب للمال المغصوب بصورة

يتغير فيها اسمه هو سبب للتملك أيضاً وعليه فهذا السبب أيضاً معدود من أسباب التملك من النوع الأول وبه يملك الغاصب المغصوب وإن يكن أن الغصب فعل ممنوع ويجب أن لا يترتب عليه ملك للغاصب حسب اجتهاد الإمام الشافعي رضي الله عنه ولكن ليس بممنوع أن يكون المحذور لغيره سبباً لحكم شرعي ألا يرى أن الصلاة في الأرض المغصوبة جائزة ويحصل الثواب الجزيل للمصلي فما ظنك بالملك (فتح المعين في الغصب).

الثاني ـ أن يخلف أحد آخر كالإرث يعني أن يملك الوارث المال الموروث بطريق الخلف عن مورثه، ويتفرع عن قاعدة ملكية المال الموروث بطريق الخلفية مسألتان قد ذكرتا في شرح المادة (١١٢٩).

الثالث ـ إحراز شيء مباح لا مالك له والإستيلاء عليه وتدعى هذه الملكية أصالة أي بمعنى ذي أصالة، وهذا السبب الثالث مثبت للملك من أصله (الدر المختار في أوائل الصيد) يعني أن صفة الملكية لذلك المال قد أتت بالاستيلاء.

وقد اعتبر بعض الفقهاء أن إحياء الموات سبب رابع للملك والحال أن هذا السبب داخل في السبب الثالث ولا حاجة لعده سبباً رابعاً (رد المحتار).

وهذا الإستيلاء والأخذ إما ان يكون حقيقياً أو يكون بوضع اليد حقيقة على ذلك الشيء كأخذ الماء بإناء من النهر وكصيد الصيد وكقطع الخشب من الجبال وكجمع الكلأ المباح وتجريزه وإما أن يكون هذا الأخذ والإستيلاء حكمياً وذلك بتهيئة سبب الأخذ والاستيلاء كوضع إناء لجمع ماء المطر ونصب شبكة لأجل الصيد سواء كان هذا السبب موضوعاً عرفاً وعادة للأخذ والإستيلاء (١) كنصب الشبكة المستعملة عرفاً وعادة للصيد أو كان غير موضوع عرفاً وعادة للأخذ والإستيلاء. (٢) كنصب خيمة للصيد الغير المعتاد عرفاً وعادة للصيد أي أنه في هاتين الصورتين إذا كان القصد والنية من نصبها ووضعها الصيد فيملك الصيد من هيأ سببه وإذا لم تكن تهيئة السبب بقصد الصيد كما أنها ليست بقصد تجفيف الشبكة ففي الصورة الأولى التي أشر عليها برقم واحد يعني في الصيد الذي يصطاد بتهيئة سببه يملك المسبب الصيد لأن الشبكة لا تنصب إلا للصيد حتى أنه إذا نصبت الشبكة بقصد تجفيفها فاصطادت فلا يملك ناصبها الصيد، لأنه لا يصير حتى أنه إذا نصبت الشبكة بقصد تجفيفها فاصطادت فلا يملك ناصبها الصيد، لأنه لا يصير آخذاً له بالشبكة ولكن في الصورة الثانية التي أشر عليها برقم اثنين إذا اصطيد صيد فلا يملك الناصب الصيد. أنظر شرح المادة (١٣٠٣). (رد المحتار والحموى).

مثال ثان لتهيئة أسباب الصيد: لو دخل الصيد في دار أحد ورأى صاحب الدار الصيد فأقفل الباب وأصبح الصيد في حالة يمكن صيده بدون شبكة أو سهم فيملك صاحب الدار الصيد وإذا أقفل الباب بدون أن يرى الصيد ويعلم به فلا يملكه (رد المحتار).

قيل في المجلة «لا مالك له» لأن الإستيلاء على شيء له مالك كالاستيلاء على حطب جمعه

أحد من مغارة وكومه لا يجعله مالكاً له بل يكون غاصباً (رد المحتار) .

كما أن المال الذي يجده المقلش[١][٢] بلا تعريف لا يجعل له (الدر المختار في أوائل الصيد)

المادة (١٢٤٩) - (كل من يحرز شيئاً مباحاً يملكه مستقلاً، مثلاً لو أخذ أحد من نهر ماء بوعاء كالجرة والبرميل فبإحرازه وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه فليس لغيره صلاحية الإنتفاع به، وإذا أخذه آخر بدون إذنه واستهلكه يكون ضامناً)

كل من يملك شيئاً مباحاً يملكه مستقلاً .

إن هذه المادة متفرعة عن السبب الثالث من المادة الآنفة .

الإحراز يطلق على جعل الشيء في موضع حصين .

ويفهم من تعبير الإحراز وعدم استعمال تعبير الأخذ أنه لو ملأ أحد دلوه من البئر ولم يبعد ثمة الدلو عن باب البئر فلا يملك الماء الذي فيه .

كذلك لو ملأ شخص طاس الحمام من حوضه فالماء الذي في الطاس يبقى في ملك الحمامي إلا أن ذلك الشخص يكون أحق من غيره بالماء الذي في الطاس (رد المحتار) ولكن في هذا الحال لو أخذ الحمامي ذلك الماء فليس لأحد معارضته أما إذا أخذه مغتسل آخر فللمغتسل الذي ملأ الطاس معارضة المغتسل الآخذ.

مثلاً لو أخذ أحد من نهر أو بئر أو منبع ماء بوعاء كالجرة والبرميل فبإحرازه وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه لأنه قد ملكه بالإحراز (الطوري) فلذلك له أن يتملك ذلك الماء بأنواع التملكات كأن يبيعه لآخر أو أن يهبه أو أن يوصي به، كما أنه إذا مات يكون موروثاً لورثته (الخانية)، كما أن المياه التي توضع في الاستانة في البراميل والقوارير وتباع من قبل أصحابها كمياه (قره قولاق وكوزتيه وشملجه وقايش طاغى وعلم طاغى) هي ملك لأصحابها وليست مباحة .

لو أمر أحد ولده الصبي أن يحضر ماء من الوادي أو الحوض فأحضر الماء فيملك الصبي الماء إلا أن المروى عن الامام محمد أن لوالد الصبي سواء كان غنياً أو فقيراً أن يصرف ويستهلك ذلك الماء بناء على العرف والعادة (رد المحتار) .

فليس لغيره صلاحية الانتفاع به بلا إذن أي أنه ليس له حق الشفة. أنظر مادة (٩٧) حتى أنه إذا أخذه آخر بدون إذنه واستهلكه يكون ضامناً فلذلك لو أراق أحد الماء الذي في جرة آخر

---

(١) المقلش هو الذي يتحرى مالاً في الزبالة والقمامة ويظن أن هذا اللفظ غير عربي (المؤلف)

(٢) ويظن أن هذا اللفظ هو مقشقش وهو اسم لمن يجمع القش من الزبالة فيكون هذا اللفظ عربياً (المعرب)

فيؤمر بإملائها لأن الماء من المثليات[1] (أبو السعود ورد المحتار)

وان لزم ضمان المياه التي تؤخذ وتستهلك على هذا الوجه إلا أنه لو سرق أحد من تلك المياه مقدار النصاب فلا يلزم حد السرقة عليه لأن الحديث الشريف القائل «الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلأ والنار» يورث الشبهة في شركة مثل هذه المياه أيضاً والحدود تدرأ بالشبهات (الطوري)

المادة (١٢٥٠) - (يقتضي أن يكون الاحراز مقروناً بالقصد، فلذلك لو وضع أحد اناء في محل بقصد جمع مياه المطر فيه فيكون ماء المطر المتجمع في ذلك الإناء ملكه. كذلك الماء المتجمع في الحوض أو الصهريج المنشأين لأجل جمع الماء فيهما ملك لصاحبهما. أما مياه المطر التي تجمعت في اناء وضعه أحد بغير قصد فلا تكون ملكاً له ويسوغ لشخص غيره أن يأخذها ويتملكها. أنظر المادة الثانية)

يقتضي أن يكون الاحراز مقروناً بالقصد حتى يحصل الاحراز فاذا كان غير مقرون بالقصد فلا يحصل الاحراز.

فلذلك لو وضع أحد وعاء في محل بقصد جمع مياه المطر فيه فيكون ماء المطر المتجمع في ذلك الإناء ملكه. كذلك الماء المتجمع في الحوض أو الصهريج المنشأين لأجل جمع الماء فيهما ملك لصاحبهما فلذلك لو نزل ماء مطر سقف جاره الى ذلك الصهريج فليس للجار طلب مشاركته في الماء المتجمع في الصهريج (علي أفندي).

أما مياه المطر التي تجمعت في إناء وضعه بدون قصد أي بغير قصد جمع ماء المطر فيه فلا تكون ملكاً له بل تكون مباحة ويسوغ لشخص غيره أن يأخذها ويتملكها.

كذلك لو جمع أحد الكلأ الذي في طرف نهره بقصد تطهير النهر وتسهيل جريان المياه فيه ووضعه في طرف النهر فلكل أخذه واستملاكه لأن جمع الكلأ لم يكن بقصد احرازه بل كان بقصد تطهير النهر (رد المحتار). أنظر المادة الثانية.

ان المادة (١٣٠٣) هي فرع لهذه المادة ومثال لها.

---

(١) أرى أن المياه التي ذكرها الشارح في مثاله كماء قره قولاق الخ، أو المياه المعدنية ليست من المثليات إذ لا تماثلها المياه الأخرى كمياه ترقوس مثلاً لوجود تفاوت يعتد به بين قيمة كل نوع من أنواع هذه المياه، والمعقول أن يعد كل نوع من المياه مثلياً للمياه التي من نوعها فقط، وتعريف المثليات الوارد في المادة (١٤٥) المتضمنة أن المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به يؤيد ما ذكرنا (المعرب)

المادة (١٢٥١) - (يشترط في احراز الماء انقطاع جريه، وعليه فالمياه التي في البئر الذي ينبع فيه الماء لا تحرز فلو أخذ شخص من الماء النابع والمجتمع في بئر كهذا بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزمه ضمان. وكذلك الماء المتتابع الورود أي ماء الحوض الذي بقدر ما يخرج منه ماء من جهة يدخل اليه ماء بمقدار ذلك من جهة أخرى غير محرز)

يشترط في إحراز الماء انقطاع جريه، وعليه فالمياه التي في البئر التي نبع منها الماء لا تحرز فلو أخذ شخص من الماء النابع والمتجمع في بئر كهذه بدون اباحة صاحبها أو إذنه ورخصته واستهلكه لا يلزمه ضمان كما أنه ليس له استرداده إذا كان الماء موجوداً بل أن لكل شرب الماء من مثل هذه البئر وسقي حيواناته ولو شربِ جميع الماء أنظر المادة (١٢٣٤) لأن الآبار والحياض والأنهار لم توضع للإحراز ولأن المباح لا يملك إلا بالإحراز، وبما أن المسافر لا يمكنه أخذ ما يكفيه من الماء للوصول إلى المحل المقصود فهو مضطر أن يأخذ الماء من الآبار التي تقع في طريقه لنفسه ورفقائه وحيواناته فإذا منع من ذلك فيحصل منه ضرر عظيم وهذا ممنوع شرعاً (الطوري).

حتى أنه لو أفرغ أحد جميع مياه البئر فلا يلزمه ضمان لأن صاحب البئر غير مالك للماء الذي في البئر بل هو مالك للبئر فقط. أنظر شرح المادة (١٢٣٦)

كذلك الماء الموجود في نهر خاص بأحد غير محرز فلو أخذ أحد ماء النهر بلا إذن كأن سقى أرضه منه فلا ضمان عليه وعليه الفتوى (الطوري).

وكذلك الماء المتتابع الورود أي ماء الحوض الذي بقدر ما يخرج منه ماء من جهة يدخل إليه ماء بمقدار ذلك من جهة أخرى غير محرز فلذلك لو أخذ أحد من هذا الحوض ماء بجرة أو إناء يملكه وليس لصاحب الحوض استرداده .

المادة (١٢٥٢) - (يحرز الكلأ النابت من نفسه بجمعه وبحصده وتجريزه)

ويملكه محرزه مستقلاً بموجب المادة (١٢٤٩) ولذلك فالكلأ الذي يحصد ويجرز على هذا الوجه ليس لأحد أخذه والانتفاع به. أنظر مادة (٩٧). فإذا أخذه واستهلكه يلزمه الضمان أنظر مادة (٨٩١). (رد المحتار والهندية) أما إذا حصد ولم يجرز فلا يعد محرزاً ولا يكون ملكاً لحاصده.

المادة (١٢٥٣) - (لكل شخص أياً كان أن يحتطب الأشجار النابتة من نفسها في الجبال المباحة وبمطلق الاحتطاب يعني بجمعها يصير مالكاً ولا يشترط الربط)

لكل شخص أياً كان أن يحتطب الأشجار النابتة من نفسها في الجبال المباحة لأن هذه الأشجار مباحة ولكل الانتفاع بالأشياء المباحة كما جاء في المادة الآتية.

وقول المجلة «النابتة من نفسها» للإحتراز من أنباتها وذلك لو غرس أحد شتل شجر في محل مخصوص من الجبال المباحة ورباه وأنتجه أو طعّم الشجرة النابتة من نفسها في الجبال المباحة كما هو مذكور في شرح المادة (١٢٤٥) فيصبح مالكاً لذلك الشجر. أنظر المادة (١٢٧٥).

وبمطلق احتطاب الشجر النابت من نفسه في الجبال المباحة أي إذا جمعه، ويفسر بذلك الإحتطاب، إذ يقال احتطبت إذا جمعت الحطب. فيكون قد أحرزه ويصبح مالكاً له بموجب المادة (١٤٢٩).

وقوله «بمطلق الإحتطاب» أي لا يشترط بعد الجمع ربطه، فلذلك لو جمع أحد حطباً في الجبال المباحة وتركه هناك فجاء آخر وأخذه فللمحتطب استرداده من آخذه كما هو مذكور في المادة (١٢٤٨).

الفصل الثالث

(في بيان أحكام الأشياء المباحة للعامة)

المادة (١١٥٤) - (يجوز لكل أحد الانتفاع بالمباح، لكنه مشروط بعدم الإضرار بالعامة)

يجوز لكل أحد الانتفاع بالمباح.

ويتفرع على ذلك مسائل وهي: -

المسألة الأولى - لكل أحد احتطاب الأشجار النابتة من نفسها في الجبال المباحة بموجب المادة الآتية.

المسألة الثانية - ليس لأحد أن يمنع آخر من أخذ وإحراز الأشياء المباحة كما ورد في المادة (١٢٥٥).

المسألة الثالثة - لكل أحد أن يطعم حيواناته الكلأ النابت من نفسه في الأراضي التي لا صاحب لها وأن يأخذ ويحرز منه بقدر ما يريد كما ورد في المادة (١٢٥٦).

المسألة الرابعة - لكل أن يأخذ النبات النابت في ملك الآخر من نفسه أي بدون تسبب صاحب الملك ما لم يمنع صاحب الملك الدخول إلى ملكه ففي تلك الحال ليس لأحد الدخول إلى الملك المذكور. أنظر المادة (١٢٥٧)

المسألة الخامسة ـ لكل أحد اقتطاف ثمر الأشجار التي لا صاحب لها النابتة في الجبال المباحة وفي الأودية التي لا صاحب لها كما جاء في المادة « ١٢٥٩».

المسألة السادسة ـ لكل أحد أن يستأجر من يريده لجمع الحطب من الجبال المباحة ولصيد الصيد ويكون ما يجمعه الأجير من الحطب وما يصطاده من الصيد للمستأجر حسب المادة «١٢٦٠».

المسألة السابعة ـ إذا أوقد أحد النار في الصحراء الغير المملوكة لأحد فلكل أحد الإنتفاع بها أي أن يستدفىء عليها ويخيط على ضوئها شيئاً ويقرأ الكتاب عليه ويشعل المصباح وليس لصاحب النار منعه من ذلك كما جاء في المادة «١٢٦١».

المسألة الثامنة ـ لكل أحد أن يصطاد الصيد .

المسألة التاسعة ـ لكل أحد الإستفادة من البحار والأنهار العامة بحق السقي والشفة .

المسألة العاشرة ـ من أحرز شيئاً مباحاً يملكه مستقلاً كما جاء في المادة « ١٢٤٩».

لكن جواز الانتفاع بالمباح مشروط بعدم الإضرار بالعامة فإذا كان هذا الانتفاع موجباً لمضرة الناس فهو غير جائز. أنظر المادة « ١٩»

فلذلك إذا أجرى ماء من طرف السلطان لقرية لأجل الشفة وأراد بعض أهل القرية إسقاء بساتينهم من ذلك الماء ينظر: فإذا كان ذلك مضراً بأهل القرية فهو غير جائز وإذا كان غير مضر فجائز «الهندية».

وكذلك لكل الانتفاع بالأنهار الغير المملوكة كما ذكر في المادة « ١٢٦٥» إلا أنه مشروط بعدم الإضرار بالآخرين فإذا أفاض أحد الماء وأضر بالناس أو انقطعت مياه النهر كلياً أو منع سير الفلك فيمنع .

كذلك لكل حق الدخول إلى النهر الواقع في ملك أحد وأخذ الماء منه ولكن بشرط السلامة أي بشرط عدم إحداث ضرر كإتلاف طرف الحوض أو باب البئر أو طرف النهر. أنظر المادة «١٢٦٨».

كذلك الصيد جائز ومباح إذا كان غير مضر بالناس. أما إذا كان موجباً لحصول شيء ممنوع كنفور الحيوانات وخوف واضطراب الإنسان فالصيد الذي يوجب ذلك ممنوع .

مستثنى ـ قد ذكر القهستاني أنه لا يشترط في الانتفاع من البحار عدم الإضرار بالآخرين وأنه لكل الانتفاع بها ولو أضر بالآخرين. وسنبحث في شرح المادة « ١٢٦٤» في هذه المسألة .

المادة (١٢٥٥) ـ (ليس لأحد منع آخر من أخذ وإحراز الشيء المباح).

لأن لكل أحد الانتفاع بالمباح كما جاء في المادة الآنفة .

ويتفرع عن ذلك مسائل وهي :

المسألة الأولى ـ إذا أراد أحد سقي مزرعته من نهر عام كالفرات فليس لآخر منعه .

المسألة الثانية ـ لكل أحد احتطاب الأشجار النابتة من نفسها في الجبال المباحة وليس لأحد منع الآخر من ذلك[1].

المسألة الثالثة ـ لكل أخذ وإحراز الكلأ النابت من نفسه في الأراضي التي لا صاحب لها كما جاء في المادة الآتية وليس لأحد منع الآخر من ذلك .

المسألة الرابعة ـ لكل أحد صيد الصيد وأخذه واحرازه وليس لأحد منع الآخر من ذلك .

المسألة الخامسة ـ إذا أراد أحد أخذ وإحراز الكلأ النابت من نفسه في ملك أحد فليس لصاحب الملك منعه من الأخذ والإحراز (الهندية) إلا أن له منع الدخول إلى ملكه كما جاء في المادة (١٢٥٧).

المسألة السادسة ـ إذا وجد حوض في ملك أحد يتتابع ورود الماء إليه فليس لصاحب الحوض منع من يريد الشرب من الشرب إلا أن له منعه من الدخول إلى ملكه .

المادة (١٢٥٦) ـ (لكل أحد أن يطعم حيوانه الكلأ النابت في المحال التي لا صاحب لها ويأخذ ويحرز منه قدر ما يريد)

لكل أحد أن يطعم حيوانه الكلأ النابت في المحال التي لا صاحب لها كالجبال والأراضي الموات ويأخذ ويحرز منه قدر ما يريد وليس لأحد منعه لأن الكلأ مباح ولكل حق الانتفاع بالمباح

وتعبير «التي لا صاحب لها» للاحتراز من ذات الصاحب وحكمها سيذكر في المادة الآتية .

وتعبير «النابت من نفسه» للاحتراز من النابت بتسبب أحد أي بزراعة أحد أو سقيه أو حفر خندق بأطرافه. أنظر المادة (١٢٤٦)

المادة (١٢٥٧) ـ (الكلأ النابت من نفسه في ملك أحد أي بدون تسببه وإن يكن مباحاً إلا أن لصاحبه منع الغير من الدخول إلى ملكه)

الكلأ النابت من نفسه في ملك أحد أي بدون تسببه وإن يكن مباحاً كما ذكر في المادة (١٢٤١) فلكل أحد حق أخذه واستملاكه كما جاء في المادة (١٢٥٥) إلا أن لصاحب الملك منع

(١) قد قيدت نظامات الأحراش هذا الحق وحددته (المؤلف)

الغير من الدخول إلى ملكه. أنظر مادة «٩٦» أي أنه ليس لصاحب الملك منع أخذ واستملاك الكلأ النابت من نفسه ولكن له منع الغير من الدخول إلى ملكه.

ويتفرع عن عدم منعه من الإستملاك المسألة الآتية: وهي إذا احتاج أحد إلى الكلأ ولم يجده في محل آخر أي في أرض مباحة قريبة من تلك الأرض فصاحب الأرض مجبور أما بالإذن لطالب الكلأ أن يدخل إلى أرضه ويجمع الكلأ ويأخذه أو أن يجمع بنفسه الكلأ ويخرجه خارج ملكه «التنوير والخانية» والحكم في الماء أيضاً على المنوال المشروح كما ذكر في المادة «١٢٦٨».

المادة (١٢٥٨) - (إذا أخذ أحد الحطب الذي احتطبه آخر من الجبال المباحة وتركه فيها فللمحتطب استرداده)

إذا أخذ أحد بلا إذن الحطب الذي احتطبه آخر من الجبال المباحة وتركه فيها ليأخذه بعد ذلك فيكون غاصباً فإذا كان الحطب موجوداً عيناً فيسترده المحتطب وإذا كان مستهلكاً فيضمن بدله لأن الحطب أصبح ملكاً لمحتطبه بموجب المادة « ١٢٥٣». أنظر المادة «٩٦»

وحكم هذه المادة غير مقتصر على الحطب ويجري في كل مباح محرز .

وذلك لو جمع أحد الكلأ النابت في أرضه وجرزه ثم تركه ليأخذ بعد ذلك فجاء آخر وأخذه فلجامع الكلأ استرداده من آخذه .

كذلك لو أخذ أحد الماء الذي اغترفه آخر من النهر بجرته وتركه ليأخذه فيما بعد أي أفرغه من تلك الجرة في جرته أو أراقه يضمن.

إذا أخذ أحد الكلأ الذي جمعه آخر من الجبال المباحة وجرزه وتركه فلجامع الكلأ استرداده من آخذه.

قيل في الشرح «تركه على أن يأخذه بعد ذلك» فعليه لو ترك محتطب الحطب قائلاً: ليأخذه من يجده فلمن سمع هذا الكلام أخذ ذلك الحطب وتملكه.

المادة (١٢٥٩) - (لأي أحد كان أن يقطف فاكهة الأشجار التي في الجبال المباحة وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها)

لأن ذلك مباح ولكل الانتفاع بالمباح وليس لأحد منع الآخر من أخذ واحراز الشيء المباح (الهندية والخانية).

ومثل حكم هذه المادة يجري في كافة المباحات أيضاً إذ أنه لكل أحد الاحتطاب والاحتشاش وأخذ المياه من الأنهار العامة.

المادة (١٢٦٠) ـ (إذا استأجر أحد آخر لجمع الحطب من البراري أو إمساك الصيد فما يجمعه الأجير من الحطب أو ما يمسكه من الصيد هو للمستأجر)

إذا استأجر أحد آخر بتعيين المدة وتسمية البدل لجمع الحطب أو الكلأ من البراري أي من الجبال المباحة أو إمساك الصيد فما يجمعه الأخير من الحطب أو الكلأ أو ما يمسكه من الصيد فهو للمستأجر. أنظر المادة (٥٦٢) وشرحها.

وتعبير «مستأجر» للاحتراز من التوكيل لأن الوكالة لا تصح في المباحات إذ يقتضي في الوكالة أن يثبت للوكيل بالوكالة حق لم يكن حائزه الوكيل قبل ذلك حتى تصح الوكالة وحق إحراز المباح هو حق للوكيل قبل التوكيل.

فلذلك لو وكل أحد آخر بالإحتطاب من البراري أو بجمع الكلأ فالوكالة باطلة وما يجمعه الوكيل من الحطب والكلأ فهو له ولا يكون للموكل. وقد وضح ذلك في شرح المادة (١٤٥٩) أنظر شرح المادة (١٣٣٣).

إلا أنه لو استحصل أحد إذناً بإحياء قطعة معينة من الأراضي الموات فوكل آخر بإحيائها جاز والقطعة المحياة تكون للموكل (رد المحتار) .

المادة (١٢٦١) ـ (إذا أوقد أحد ناراً في ملكه فله أن يمنع الآخرين من الدخول إلى ملكه والإنتفاع بها أما إذا أوقد أحد ناراً في صحراء ليست بملك أحد فلسائر الناس أن ينتفعوا بها وذلك بالتدفئة وخياطة شيء على نورها وإشعال القنديل منها وليس لصاحب النار أن يمنع ذلك ولكن ليس لأحد أن يأخذ منها جمراً بدون إذن صاحبها)

إذا أوقد أحد ناراً في ملكه فله أن يمنع الآخرين من الدخول إلى ملكه والانتفاع بها أنظر المادة (٩٦) وشرح المادة (١٠٧٠).

ويفهم من الفقرة الآتية أن الشيء الذي منع هنا هو الدخول إلى الملك وليس الانتفاع فلذلك فهذه المادة هي نظير المادة (١٢٥٧).

قد ذكر في شرح المادتين (١٢٥٧ و١٢٦٨) أن على أصحاب الكلأ والماء أن يخرجاهما من ملكهم للمحتاجين إليهما أو أن يأذنوا المحتاجين بالدخول إلى ملكهم ولكن ليسوا مجبرين بإخراج النار كما هو الحال في الماء والكلأ، يعني إذا لم توجد نار في قرب أحد فليس لصاحب الملك أن يخرج النار إليه، والفرق بين الكلأ والماء وبين النار هو أن الشركة ثابتة في عين الكلأ والماء ولم تكن ثابتة في عين الجمرة والحطب بل أن الشركة ثابتة في جوهر الحر فلذلك لا يجوز أخذ الجمرة من النار

بدون إذن من صاحبها ما لم تكن الجمرة المأخوذة غير ذات قيمة ففي تلك الحال لا يمنع من أخذها عادة لأن من يريد المنع يكون متعنتاً (رد المحتار).

أما إذا أوقد أحد ناراً في صحراء ليست بملك أحد فلسائر الناس أن ينتفع بها والانتفاع هنا ليس بصورة أخذ النار أو الفحم أو الحطب مع أن الانتفاع بالماء والكلأ هو بصورة أخذهما ولبيان ذلك قد وضح الانتفاع على الوجه الآتي: وذلك بالتدفئة عليها والاستفادة من حرارتها بتجفيف ثيابه وأن يخيط شيئاً على نورها وأن يستفيد من نورها بقراءة كتاب وأن يشعل القنديل منها وليس لصاحب النار أن يمنع من الإنتفاع بالنار على هذا الوجه، ومعنى الشركة في النار هو هذا كما بين في المادة (١٢٣٤).

ولكن ليس لأحد أن يأخذ منها حطباً أو جمراً بدون إذن صاحبها لأن ما يؤخذ هو إما فحم أو حطب وصاحبها قد ملكها بالإحراز. أنظر المادة (١٢٥٣) ما لم يكن الشيء المأخوذ غير ذي قيمة بأن تكون الجمرة مثلاً صغيرة وحقيرة فإذا أطفئت لا تكون فحمة بل تكون رماداً (الخانية) وله أخذ ذلك بلا استئذان والمانع لأخذ ذلك يكون متعنتاً.

الفصل الرابع

(في بيان حق الشرب والشفة)

المادة (١٢٦٢) - (الشرب هو نوبة الانتفاع لسقي الزرع والحيوان)

الشِرْب بكسر الشين لغة الحصة من الماء الراكد أو الجاري للحيوان أو الجماعة. أما معناه الشرعي فهو نوبة الانتفاع أي وقت وزمان لسقي الزرع والحيوان (الفيضية والدر المختار).

وركن الشرب عبارة عن الماء لأن الماء قائم به وحكم الشرب الإرواء لأن حكم الشيء هو الشيء الذي يعمل بذلك الشكل والماء للارواء.

وركن حل الشرب أن يكون من يريد الانتفاع بالشرب من أصحاب حق الشرب (الهندية في الباب الثاني من الشرب).

المادة (١٢٦٣) - (حق الشفة هو حق شرب الماء)

أي حق شرب الماء لبني الإنسان وللحيوانات فلذلك فحق الشفة أخص من الشرب وسببه أن الشفة مخصوص بالحيوان والشرب عام يشمل الحيوان والزرع. وإن يكن أنه يتبادر إلى الذهن أن حق الشفة هو حق شرب الماء لدفع العطش فقط إلا أن المقصود هنا هو استعمال الماء لدفع عطش بني الإنسان ولطبخ الطعام وللوضوء والاغتسال وغسل الثياب ولدفع عطش الحيوانات (رد المحتار).

المادة (١٢٦٤) - (كما ينتفع كل أحد بالهواء والضياء فله أيضاً أن ينتفع بالبحار والبحيرات الكبيرة)

كما ينتفع كل أحد بالهواء والضياء وكما لا يحق لأحد منع آخر من الانتفاع بذلك فله أيضاً أن ينتفع بالبحار والبحيرات الكبيرة بأن يشرب منها ويفتح جدولاً ويسقي بستانه منها أو حيواناته أو أن يسيل الماء الى داره ومنزله ولا يمنع أحد من الانتفاع من ذلك كما يريد، وقد ذكر في المادة الآتية أن الانتفاع بالأنهار الغير المملوكة مشروط بعدم حصول المضرة للغير ولم يشترط هذا الشرط هنا: وقد ذكر بعض الفقهاء والزيلعي والعيني أن الانتفاع بالبحار مشروط أيضاً بعدم حصول الضرر للغير، أما القهستاني فقد ذكر أنه لا يمنع أحد من الانتفاع بالبحار ولو كان ذلك مضراً بالغير: أنظر شرح مادة (١٢٥٤).

المادة (١٢٦٥) - (لكل أحد أن يسقي أراضيه من الأنهر الغير المملوكة، وله أن يشق جدولاً ومجرى لسقي أراضيه ولإنشاء طاحون لكن يشترط عدم المضرة بالآخرين فلذلك إذا أفاض الماء وأضر بالخلق أو انقطعت مياه النهر بالكلية أو انعدم سير الفلك فيمنع)

لكل أحد حق الشرب وحق الشفة في الأنهر الغير المملوكة أي له سقي أراضيه، وذلك لو أحي أحد مواتاً قرب النهر المذكور فله شق جدول وإسالة ماء النهر المذكور إلى أرضه التي أحياها (شرح المجمع في الشرب) هذا إذا كان المكان الذي فتح الجدول منه ملكاً له ولكل أيضاً أن يشرب الماء من النهر المذكور وأن يتوضأ منه وأن يغسل ثيابه وأن يشق جدولاً ومجرى في ملكه أو الأراضي الموات مجدداً أو تزييداً لسقي أراضيه وإنشاء طاحون كأن يكون للجدول ثلاثة منافذ فيزيدها ويجعل له أربعة أو خمسة منافذ (الهندية في الباب الثاني من الشرب).

كذلك لو كان نهر كبير غير مملوك في قرب كرم أحد فأراد صاحب الكرم إنشاء سانية على النهر لسقي كرمه ولم يكن في ذلك ضرر بالآخرين فليس لأصحاب الكروم والسواني الواقعة تحت كرمه منعه من ذلك بداعي عدم رضائهم.

كذلك لو شق أصحاب قرية بإذن من صاحب الأرض جدولاً في أراضيهم الجارية في تصرفهم وأحدثوا في أراضيهم مزارع أوز وأرادوا إسالة الماء إليها من النهر الغير المملوك ولم يكن في ذلك ضرر على أهالي القرية الأخرى الواقعة في أعلى القرية المذكورة فليس لأهل القرية الأخرى منع أهل القرية المذكورة من إسالة الماء إلى مزارعهم بداعي عدم وجود مزارع لأهل تلك القرية قديماً (البهجة) لأن مياه مثل هذه الأنهار الكبيرة الغير الداخلة في المقاسم مباحة (الهندية في الباب الثالث من الشرب) ولكن ليس له أن يفتح جدولاً في ملك الغير أنظر المادة (٩٦).

ولكن يشترط عدم المضرة بالآخرين لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز في حالة عدم المضرة بأي أحد. أنظر المادة « ١٢٥٤» فلذلك إذا أفاض الماء وأضر بالخلق أو انقطعت مياه النهر الأعظم بالكلية أو تعذر سير الفلك فيمنع من الانتفاع على هذا الوجه يعني إذا أضر بالعامة فلكل حق منعه لأن الأنهار الغير المملوكة هي حق للعامة ولكل أحد من العامة حق دفع الضرر (الهندية) أنظر المادة «١٩».

كذلك إذا أضر بشخص واحد فلذلك الشخص حق المنع، وذلك لو أحدث أحد طاحوناً وحفر جدولاً في ملكه في أعلى مزرعة آخر لجلب الماء إليها وعند إجراء الماء للجدول فاضت المياه لضيق الجدول واستولت على مزرعة آخر وأضرت بها فلصاحب المزرعة دفع ضرره «علي أفندي قبيل الحيطان» وليس لوال أو قاض أن يأذن بأخذ المياه من النهر إذا كان أخذ الماء منه مضراً بالعامة، أنظر المادة «٥٨» (الخانية في فصل في الأنهار).

وإن يكن أن منع أحد من الانتفاع بالنهر العام بسبب ضرر ذلك بالعامة هو ضرر للشخص الممنوع إلا أن السماح له بالانتفاع هو ضرر بالخلق وبالعامة، ولذلك فقد اختير الضرر الخاص لدفع الضرر العام، أنظر المادة « ٢٦» (الهندية في الباب الثالث من الشرب).

وقيد «إذا انقطعت المياه بالكلية» الوارد في هذه المادة ليس احترازياً وذلك إذا كان نهر عظيم يجري إلى مدينة وينتفع بمائة أهل تلك المدينة بكوات معروفة فأحيى أحد أراضيه الواقعة على طريق النهر الجاري للمدينة وأسال الماء إليها فينظر: فإذا حصل من ذلك ضرر فاحش لأهل المدينة فيمنع وإلا فلا (الهندية في الباب الثالث من الشرب).

المادة (١٢٦٦) - (لجميع الناس والحيوانات حق الشفة في الماء الذي لم يحرز)

سواء المياه الغير المملوكة كمياه البحار والبحيرات والأنهار العظام أو الأنهار المملوكة فلذلك لكل أن يأخذ من تلك المياه للشرب حتى لو أخذ أحد من مملحة آخر ماء فيملكه فإذا انقلبت مياه تلك المملحة إلى ملح فليس لأحد أخذه فإذا أخذه كان ضامناً (الخانية ورد المحتار في الشرب).

قيل «الذي لم يحرز» لأنه إذا أحرز أحد ماء في وعاء كالجرة أو الخابية أو انقطع جريان المياه إليه كان مالكاً له ولا يكون لأحد حق الشرب أو حق الشفة فيه.

قيل «حق الشفة» وهذا التعبير يدل على أنهم غير مالكين للماء المذكور فإن الماء غير محرز (القهستاني في الشرب ورد المحتار فيه).

المادة (١٢٦٧) - (حق الشرب في الأنهار المملوكة أي في المياه الداخلة في

المجاري المملوكة هو لأصحابها وللآخرين فيها حق الشفة فعليه لا يسوغ لأحد أن يسقي أراضيه من نهر مخصوص بجماعة أو جدول أو قناة أو بئر بلا إذنهم لكن يسوغ له شرب الماء بسبب حق شفته وله أيضاً أن يورد حيواناته ويسقيها إذا لم يخش من تخريب النهر أو الجدول أو القناة بسبب كثرة الحيوانات وكذلك له أخذ الماء منها إلى داره وجنينته بالجرة والبرميل)

حق الشرب في الأنهار المملوكة أي في المياه الداخلة في المجاري المملوكة هو لأصحابها أي مخصوص ومحصور في أصحابها سواء كانت الأنهار المملوكة عامة أو خاصة. أنظر المادة (١٢٣٩)

والنهر الذي يفرزه جماعة من النهر الغير المملوك ويجرونه إلى أراضيهم من الأنهار المملوكة وإذا سقى أصحاب النهر المذكور أراضيهم منه حسب المعتاد أي بدرجة تحمّل أراضيهم عادة ففاضت المياه وأضرت بأراضي جيرانهم فلا يضمنون هذه المضرة، أما إذا سقوا أراضيهم خلاف المعتاد وحصل من ذلك ضرر لجيرانهم فيضمنون الضرر، كذلك إذا سقى أحد أرضه وكان فيها حفرة فتسربت المياه منها وأضرت بالجار فينظر: فإذا كان صاحب الأرض عالماً بوجود الحفرة فيضمن الضرر وإذا لم يكن عالماً فلا يضمن.

أما لو أجرى أحد المياه إلى أراضيه في غير نوبتها أو زيادة عن تحملها أو حوّل الماء إلى موضع آخر ليس له حق الشرب وحصل من ذلك مضرة لجاره كأن استولت المياه على مزرعة جاره أو تلفت مزروعاته فيضمن. أنظر مادتي (٩١ و ٩٣) (رد المحتار والهندية والكفوي في الشرب).

وللآخرين أي لجميع الناس غير أصحابها حق الشفة فعليه لا يسوغ لأحد أن يسقي أراضيه ومزروعاته وأشجاره من نهر مخصوص بجماعة أو قناة أو بئر أحد أو أن ينتفع منها بتدوير طاحونة على مائها سواء كان ذلك مضراً بأصحابها أو غير مضر وسواء كان الطالب للسقي مضطراً للسقي أو غير مضطر له وليس للوالي أو القاضي أن يمنح أحداً ليس له حق الشرب،حقّ الشرب في الأنهار المملوكة سواء كان ذلك مضراً أو غير مضر. أنظر المادة (٩٦)، لأن حق الشرب في المياه الداخلة في مقاسم على الوجه المذكور هو عائد لأصحابها وشركة حق الشرب في الماء منقطعة فيجب للإنتفاع بالشرب من هذه المياه إذن أصحابها لأن اباحة الشرب تؤدي إلى إبطال حق الشريك الآخر ولا نهاية لذلك (الزيلعي والهندية).

مثلاً لو أن أصحاب النهر المخصوص بجماعة أذنوا الآخر بالسقي وكان أحد أصحاب النهر غائباً أو صبياً فلا يجوز لذلك الآخر سقي أراضيه بهذا الإذن (رد المحتار).

أما إذا سقي بلا إذن فلا يلزمه ضمان الماء لأن الماء قبل الإحزاز غير مملوك لأحد وإتلاف غير المملوك لا يوجب الضمان ولكن إذا تكرر الفعل المذكور أي السقي إذن فيؤدب الفاعل بالحبس بأمر ولي الأمر (رد المحتار).

وإذا سقى أحد مزرعته بإذن من أصحاب حق الشرب مدة فلأصحاب حق الشرب ولورثتهم بعد وفاتهم منعه من الإسقاء. أنظر المادة (١٢٢٦). (النتيجة)

قد ذكر في هذه المادة وشرحها أن ليس للآخر السقي من النهر والجدول والعين، ولنوضح ذلك في الأمثلة الآتية:

١ ـ ليس له السقي من النهر، مثلاً إذا كان نهر مخصوص بأهالي قرية فليس لأهالي قرية أخرى السقي بغير حق وليس لهم إذا منعوا من السقي من أهالي القرية الأولى أن يزعموا بأنهم مضطرون لأن يسقوا مزروعاتهم بسبب نقصان المطر وخطر تلف مزروعاتهم (البهجة).

٢ ـ ليس له السقي من الجدول، مثلاً لو شق أحد نهراً خاصاً أي جدولاً من نهر عام كدجلة والفرات لسقي مزروعاته أو كرمه أو جنينته فليس لآخر أن يشق ذلك الجدول وأن يجري الماء إلى أرضه ولكن إذا أخذ صاحب الجدول حاجته من الماء وأصبح مستغنياً عن الماء الباقي وأصبح الماء يصب إلى الخارج فيجب أن لا يمنع الآخر من أخذ تلك المياه المستغنى عنها.

كذلك إذا كانت المياه التي تجري إلى طاحون من القديم تسيل عند تزايدها إلى طاحون آخر ثم شحت المياه فلم يستطع صاحب الطاحون الآخر تشغيل طاحونه وكان الحال جارياً من القديم على هذا الوجه فليس لصاحب الطاحون الثانية أن يخرق جدول صاحب الطاحون الأولى عند قلة المياه ويجري الماء إلى طاحونه (البهجة).

٣ ـ ليس له السقي من العين، مثلاً لو كانت عين تنبع من القديم في مزرعة أحد ويسقي مزرعته بحق منها فأراد آخرون سقي أراضيهم من تلك العين بغير حق فلصاحب العين منعهم من السقي.

لكن يسوغ له شرب الماء بسبب حق شفته كما مرّ في المادة الآنفة وله الوضوء والإغتسال وغسل الثياب يعني يجوز لغير أهل العين أن يشاركوهم في ذلك الماء بالشرب منه وسقي الدواب وأخذ الوضوء وغسل الثياب وغيره لشدة الحاجة إليها (شرح المجمع في فصل في الشرب والفيضية عن الخلاصة).

وله أيضاً أن يورد حيواناته ويسقيها إذا لم يخش من تخريب النهر أو الجدول أو القناة فإذا خشي من تخريبها مطلقاً سواء كانت الأنهار والآبار والحياض واقعة في الأراضي المملوكة أو في الأراضي الموات لأن الانتفاع بالمباح كما ذكر في الفقرة الأخيرة من المادة (١٢٥٤) مشروط بالسلامة.

ويفهم من تعبير «إذا لم يخش» أنه لا يشترط للمنع حصول العلم أو الظن بـالتخريب (القهستاني في الشرب).

وكذلك إذا كان الجدول صغيراً وكانت الحيوانات التي أوردت للسقي كثيرة فإذا شربت من الجدول تنقطع المياه ففي هذه الصورة قال بعض العلماء ان له سقي حيواناته أيضاً وقال بعضهم ان

ليس له ذلك لوجود الضرر، وقد جزم صاحب الملتقى بالقول الثاني (رد المحتار وأبو السعود).

وكذلك له أخذ الماء منها بلا إذن إلى داره بوعاء كالجرة والبرميل لأجل الغسل والشرب وطبخ الطعام وما أشبه ذلك ولجنينته لسقي أشجاره وكلأه على قول بعض الفقهاء كما أنه قد ذكر في شرح المادة (١٢٦٦) أنه لو أخذ أحد ماء من مملحة آخر فلا يضمنه صاحب المملحة كما أنه لو تحول بعد ذلك إلى ملح فليس له استرداده (الهندية في الباب الأول من الشرب).

وإن قال بعض الفقهاء كصاحب الخانية والوجيز أن ليس له نقل الماء إلى جنينته إلا أن المجلة قد اختارت القول الأول لأن الناس يظهرون وسعة في هذا الخصوص ويعدون المنع دناءة وخسّة (مجمع الأنهر في الشرب ورد المحتار).

مثلاً لو كان لأحد أرض قرب نهر مخصوص بجماعة وأراد أخذ الماء من النهر بوعاء لسقي زرعه أو أشجاره فلا يمنع (الهندية في الباب الأول من الشرب).

المادة (١٢٦٨) - (إذا كان ضمن ملك أحد حوض أو بئر أو نهر ماؤه متتابع الورود فله منع من يريد شرب الماء من الدخول، ولكن إذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب فصاحب الملك مجبور على إخراج الماء له أو أن يأذنه بالدخول لأخذ الماء وإذا لم يخرج له الماء فله حق الدخول وأخذ الماء لكن بشرط السلامة أي يشترط عدم إيقاع ضرر كتخريب حافة الحوض أو البئر أو النهر)

إذا كان ضمن ملك أحد حوض أو بئر أو نهر ماؤه متتابع الورود أي غير منقطع الورود كما بين في المادة (١٢٥١) فله منع من يريد شرب الماء أي استعمال حق الشفة من الدخول إلى ملكه هذا إذا كان يوجد في قرب ذلك الماء ماء آخر ليس في ملك أحد حيث لا ضرورة في ذلك ولا يتضرر ذلك الشخص من هذا المنع (الهندية في الباب الأول من الشرب ومجمع الأنهر).

حتى لو أخذ ماء قبل ذلك بإذن صاحب الماء مدة فلصاحب الملك أيضاً منعه من الدخول أنظر المادة (١٢٢٦)

ولكن إذا لم يكن يوجد في قربه ماء مباح أي في غير ملك أحد - والقرب هنا يجب تقديره بمسافة ميل قياساً على التيمم (مسافة عشرين دقيقة تقريباً) - غيره للشرب فصاحب الملك مجبور على إخراج الماء له أو أن يأذنه بالدخول لأخذ الماء لأن لذلك الشخص حق الشفة في ذلك الماء (التنوير)

وإذا لم يأذنه بالدخول لأخذ الماء ولم يخرج له الماء وخاف على نفسه أو على حيوانه من العطش فله أن يقف في وجهه ويدخل جبراً وقهراً إلى ملكه ويأخذ الماء منه وليس له منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه ودابته العطش وله أن يقاتل بالسلاح (الهندية في الباب الأول من الشرب) لأن له حق الشفة في الماء كما ذكر في المادة الآنفة ومنعه من استعمال حقه هو قصد لإهلاكه (علي أفندي)

وقيد «متتابع الورود» الوارد في المجلة ليس احترازياً لأنه إذا خاف أحد على نفسه من العطش ووجد ماء لأحد محرزاً في أواني فينظر: فإذا كان الماء كثيراً فله أن يقف في وجه صاحب الماء بغير سلاح ويأخذ مقداراً كافياً لسد رمقه مما يزيد عن حاجة صاحب الماء جبراً على أن يضمن قيمته فيما بعد. أنظر المادة (٢١). وإذا لم يكن كثيراً ولكنه كاف لسد رمقيهما فللمضطر أن يأخذ المقدار الكافي لسد رمقه ويترك الباقي وإذا لم يكن كافياً لسد رمقيهما فليس للمضطر أخذ شيء من الماء وعليه أن يترك كل الماء لمالكه (الهندية في الباب الأول من الشرب ورد المحتار وشرح المجمع).

ولكن حق الدخول على هذا الوجه إلى ملك الغير وأخذ الماء منه بشرط السلامة كما جاء في المادة (١٢٥٤) أي يشترط عدم إيقاع ضرر كتخريب حافة العوض أو البئر أو النهر.

وقول المجلة «ضمن ملك أحد» هو للاحتراز من الأرض الموات. وذلك لو حفر أحد بئراً له في الأرض الموات فليس له منع آخرين من أخذ الماء منها لأن الموات هو مشترك قبلاً وحفر البئر فيه هو إحياء لحق العشر والخراج المشترك فلا تنقطع شركة حق الشفة (الزيلعي والهندية في الباب الأول من الشرب). أنظر المادة (١٢٣٦).

المادة (١٢٦٩) - (ليس لشريك من الشركاء في النهر المشترك أن يشق منه نهراً «أي جدولاً» أو مجرى إلا باذن الآخرين وليس له أن يبدل نوبته القديمة أو أن يجري الماء في نوبته إلى أرض له أخرى لا حق شرب لها من ذلك النهر، وإذا رضي أصحاب الحصص الآخرون بهذه الأشياء فلهم أو لورثتهم الرجوع بعده)

ليس لشريك من الشركاء في النهر المشترك سواء كان عامّاً أو خاصاً أن يشق منه بدون إذن الآخرين نهراً لأراضيه التي لها حق الشرب من ذلك النهر أي ليس له أن يشق جدولاً أو مجرى (الهندية في الباب الثالث من الشرب) فإذا شرحت هذه الفقرة على الوجه المشروح يظهر الفرق بين هذه الفقرة وبين الفقرة الثالثة.

وليس له أن يضع على النهر المشترك طاحوناً أو دالية[١] أو ناعورة أو جسراً أو قنطرة[٢] لأنه بفتح الجدول تتلف ضفة النهر كما أن في إحداث شيء كالطاحون إشغالاً للملك المشترك بالبناء[٣] أما إذا كان إنشاء الطاحون لا يقلل من جريان ماء النهر ولا ينقص من مائه ولايوجب كسر ضفته وكانت ضفة النهر وداخله ملكاً مستقلاً لأحد وكان للشركاء فيه حق مسيل فلذلك الشريك أن

(١) نوع من سواقي الماء

(٢) الجسر بكسر الجيم وفتحها اسم لما يوضع ويرفع ويتخذ من الخشبة والألواح. والقنطرة اسم لما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعاً ولا يرفع (أبو السعود)

(٣) ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه أي بأن يعوج الماء حتى يصل إلى الرحى ثم يجري إلى الأنهر من أسفله لأنه يتأخر وصول حقهم إليه ولا ينقص

يحدث طاحوناً على النهر المذكور لأن هذا الشخص إنما يتصرف في ملكه ولا يضر بغيره فلذلك لا يمنع.

كذلك للشخص الذي له نهر مخصوص متشعب ومفرز من نهر خاص أن ينشئ عليه جسراً وإذا كان عليه جسر من القديم فله هدمه وإنشاؤه على طراز آخر وليس لأحد منعه ما لم يكن هدم ورفع الجسر يؤدي إلى ورود الماء بكثرة ففي تلك الحال للشركاء منعه. أنظر المادة (١١٩٧) (الهندية وأبو السعود ورد المحتار).

وليس له أن يبدل نوبته القديمة أو أن يزيد حصته المعينة. وإذا كانت المياه تقسم بقسمة الكوى (بكسر الكاف وقد تضم) فليس له قسمتها على الأيام كما أنه ليس له أن يجمع نوبته في الأوقات المتفرقة في وقت واحد بدون رضاء الشركاء فلذلك يعتبر القدم في حق الشرب ويترك القديم على قدمه.

مثلاً: لو كان نهر مشتركاً بين قوم وكان لبعضهم كوتان ولبعضهم الآخر ثلاث كوى فليس لصاحب الأسفل أن يقول لصاحب الأعلى: إنك تأخذ ماء أكثر من حصتك لأن كثرة الماء ودفقه للأعلى يدخلان إلى كوتك ماء أكثر فأنا غير راض عن ذلك ويجب أن تقسم الماء بالنوبة فنسد كواتنا في نوبتك وتسد كواتك في نوبتنا وأن يطلب تغيير الوضع القديم (الفيضية) ولا يجوز أيضاً تزييد الكوى حتى لو كان تزييدها غير مضر بالشركاء (الهندية) وليس له أيضاً تزييد عرض النهر وتأخير فم الكوة على النهر بأن يجعلها أربعة أذرع من فم النهر إلى أسفل ولو تصرف في خالص ملكه لأنه يضر بأصحابه بأخذه الماء أكثر من حظه (أبو السعود).

كذلك لو قال أهل الأسفل نريد توسيع فم النهر لجلب الماء بكثرة من النهر الأعظم ونزيد كوانا فلأهل الأعلى أن يمنعوا ذلك قائلين: إن كثرة الماء توجب فيضان الماء إلى أراضينا (الهندية وأبو السعود).

كذلك لو كان أهل قرية يسقون أراضيهم من القديم بحق من العين النابعة في أراضي قرية أخرى وأرادوا الاستمرار على سقي أراضيهم فليس لأهالي القرية الأخرى منعهم من السقي بداعي أن الماء نابع في أراضي قريتهم (علي أفندي).

كذلك إذا كان متعارفاً بين أهل بلدة أن النهار هو من طلوع الشمس إلى الغروب وكانوا يسقون مزارعهم وبساتينهم بالنوبة من ماء وكانت نوبة بعضهم في الليل ونوبة بعضهم في النهار ولم يقنع أصحاب نوبة النهار بسقي مزارعهم وبساتينهم من طلوع الشمس إلى الغروب وطلبوا أن يسقوا مزارعهم من طلوع الفجر إلى الغروب فلا يجاب طلبهم (البهجة). (أنظر المادة ٢٦)

قيل: «ليس له تزييد الحصة المعينة» مثلاً: لو كان نهر صغير مشتركاً بين بضعة أشخاص، وكانت حصة كل شريك معينة وله حق شرب في النهر ويسقون مزارعهم قديماً على ذلك الوجه فليس لبعض أولئك الشركاء أن لا يرضوا بحصتهم المعينة وأن يطلبوا تغيير الوضع القديم (الهامش في البهجة).

قيل «ليس له توسيع فم الجدول والمجرى» لأنه تتلف ضفة النهر فيأخذ ماء أكثر من حقه وهذا يؤدي إلى ضرر الغير. أنظر المادة (١٩)

وإذا كانت المياه تقسم قديماً بالكوى فليس له تقسيمها على الأيام كما أنه ليس له سد كواه وفتح كوى غيرها والحال أنه يجوز في الطريق إجراء عمل كهذا كما ذكر في شرح المادة (١١٧٢) كما أنه إذا كانت كواه عالية وأراد تسفيلها أو كانت سفلية فأراد إعلاءها لترد المياه قليلة فقد قال الحلواني: أنه إذا كان معلومة قديماً أنها كذلك فله عمل ذلك هذا إذا علم أنها كانت متسفلة في الأصل وارتفعت بالإنكباس فهو بالتسفيل يعيدها إلى الحالة الأولى أما إذا علم أنها كانت في الأصل بهذه الصفة فأراد أن يسفلها فإنه يمنع من ذلك لأنه يريد أن يأخذ زيادة على ما كان عليه من الماء

وأما السرخسي فقد قال إن له إجراء ذلك مطلقاً. أنظر المادة (٦) بسبب أن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار تسفل وترفع فيه فلا يؤدي إلى تغيير موقع القسمة (أبو السعود ورد المحتار والهندية في الباب الثالث من الشرب).

أو أن يجري جميع الماء في نوبته أو يجري الفضلة لزيادة الماء في نوبته إلى أرض له أخرى لا حق شرب له من ذلك النهر أو لأراض أجنبية، وليس له أن يقيم أراضيه هذه ولو أحياناً مقام أراضيه التي لها حق شرب وأن يسقي من النهر المشترك تلك الأراضي لأنه بتقادم العهد أي بمرور الزمان يستدل بذلك على حق شرب تلك الأراضي فيحكم لأرضه بحق الشرب في النهر المذكور لأنه إذا تنازع أصحاب الشرب في حق الشرب وكان غير معلوم كيفية الانتفاع قديماً وغير معلوم مقدار حق الشرب فيجب تقسيم حق الشرب بمقدار أراضي الشركاء حيث ان المقصود من الشرب هو سقي الأراضي وفي هذا الحال يتزايد الشركاء. أنظر شرح المادة (١٢١٩)[١]

أما إذا اختلفت أصحاب الطريق الخاص فتقسم على عدد الرؤوس.

وإذا رضي أصحاب الحصص الآخرون بهذه الأشياء فلهم أو لورثتهم بعد وفاتهم الرجوع بعده لأن هذا الإذن والرضاء لم يكن مبادلة حق شرب بحق شرب بل هو إعارة. أنظر المادة (١٢٢٦).

كذلك لو أعطى نوبته من الماء بإذن من جميع الشركاء لأجنبي وأجراها الأجنبي إلى أراضيه فلهم ولورثتهم الرجوع بعد ذلك. وذلك لو كان نهر مشتركاً بن اثنين وفتح أجنبي جدولاً من هذا النهر برضائها فلأحدهما فقط أن ينقض هذا الإذن بعد ذلك لأنه اعارة إذ أن صاحبي النهر قد

---

(١) لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض تنشف بعض الماء قبل أن يسقي الأخرى (الهداية) وذكر جواهر زاده أنه إذا ملأ الأولى وسد فوهة النهر له أن يسقي الأخرى من هذا الماء لأنه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وإن لم يسد فلا. ليس له أن يسقي نخيلاً له أو زرعاً في أرض أخرى إلا أن تملأ الأولى ويسد عنها الماء ثم يفتحه إلى الأخرى يفعله مرة بعد أخرى (الهندية ورد المحتار والبهجة)

أعارا نهرهما من الرجل لينتفع بالماء فجاز الرجوع بالعارية (البهجة).

وليس للذين في أعلى النهر سدّ النهر بالكلية بدون إذن من أصحاب الأراضي السفلى وإن لم تشرب أراضيهم بدونه لأنه يؤدي إلى إبطال حق الغير. أما إذا اتفق جميعهم على ذلك أي أنهم اتفقوا على إجراء كل النهر إلى أراضي الذين في الأعلى ثم إجرائه بعد ذلك إلى الأراضي السفلى جاز لأن الحق لهم ولا يتعرض في الخصومات التي يتفق عليها الشركاء. أما إذا قيل ماء النهر فإذا لم يسد النهر فلا يستطيع أحد سقي أراضيه واتفق الشركاء على شيء فيها وإذا لم يتفقوا على شيء فعند بعض الفقهاء يصير سقي الأراضي التي في أسفل النهر أولاً ثم ان أهل الأعلى يسدون كل النهر ويجرون ماءه إلى أراضيهم وعلى هذا الوجه يكون أهل الأسفل أمراء على أهل الأعلى ويجب على أهل الأعلى الإطاعة لأهل الأسفل وبذلك يدفع الضرر العام ويحصل قطع التنازع والخصام.

الفصل الخامس

(في إحياء الموات)

وتعريف الإحياء قد سبق في المادة (١٠٥١). والموات بفتح الميم بوزن سحاب أو بضم الميم بوزن غراب. ومعناه اللغوي الحيوان الميت. ومعناه الشرعي مستعمل في المعنى الوارد في المادة الآتية. وتسمية الأراضي المتصفة بهذا الوصف به استعارة وذلك أن الحيوان الميت مستعار والأراضي المذكورة مستعار لها ووجه الشبه بطلان الانتفاع في كليهما يعني كما يفوت الانتفاع من الحيوان إذا مات تفوت وجوه الانتفاع من هذه الأراضي كالزراعة وغرس الأشجار وإنشاء الأبنية عليها.

المادة (١٢٧٠) - (الأراضي الموات هي الأراضي التي ليست ملكاً لأحد ولا هي مرعى ولا محتطب لقصبة أو قرية، وتكون بعيدة عن أقصى العمران أي التي لا يسمع منها صوت جهير الصوت من أقصى الدور التي في طرف القصبة أو القرية)

الأراضي الموات هي الأراضي التي ليست ملكاً لأحد في دار الإسلام، ولا هي وقف أو أرض أميرية أو مرعى ولا محتطب لقصبة أو قرية أو مقبرة لها، وتكون بعيدة عن أقصى العمران ويفسّر أقصى العمران على الوجه الآتي: وهي التي لا يسمع منها صوت جهير الصوت من أقصى الدور التي في طرف القصبة أو القرية إذا كانت الأرض المذكورة في جوار قرية أو قصبة وليس من طرف الأراضي العامرة يعني لو وقف أحد في طرف العامر وصاح بأعلى صوته فلا يسمع صوته ومقدار ذلك تخميناً مسافة ميل ونصف ميل أي نصف ساعة كما فسر وقد قدر مقدار الصوت بصوت المؤذن المعتاد للناس وأن يكون بدرجة لا توجب المشقة لنفس الصائح (رد المحتار والخانية والطوري).

وقد عرف بعض الفقهاء الموات بوقوف الصائح في أعلى محل من طرف العمران ولم يذكر بعضهم قيد «في أعلى محل» وقد قبلت المجلة القول الثاني (التتارخانية).

إيضاح السبب والقيود والشروط. -

وسبب تعطيل هذه الأراضي عن الزراعة هو إما لانقطاع الماء عنها أو لاستيلاء الماء وغلبته عليها (الطوري). وعلى هذا الحال لو كانت أرض مغمورة بالمياه وجفت عنها بصورة لا تعود المياه إليها فتعد هذه الأرض مواتاً إذا لم تكن حريماً لعامر والقصبة مستعملة بمعنى البلدة والمدينة الكبيرة إلا أنها قد وردت هنا بمعنى البلدة على الإطلاق سواء كانت كبيرة أو صغيرة. وتطلق القرية كثيراً على المدينة أيضاً إذ أطلق الكتاب الكريم القريتين على مكة المكرمة والطائف حيث قال: «على رجل من القريتين عظيم» وحيث أنه قد ذكر القرية هنا مقابل القصبة فهي بمعنى القرية.

ويفهم من التعريف والشرح أنه يجب وجود سبعة شروط حتى تعد الأرض مواتاً:

١ - أن تكون تلك الأراضي غير ملك لأحد في دار الإسلام، لأن المطلق يصرف على الكامل وكمال ذلك كونه ليس ملكاً لأحد (الطوري).

فعليه إذا أصبحت مملوكة لأحد بعد استيلاء الإسلام فتبقى ملكيتها ولا تزول بتركها وتعطيلها مدة طويلة ولا تعد هذه الأرض مواتاً لذلك السبب حتى أنه لو نقل أحد تراباً من أرض خربة إلى داره فينظر: فإذا كان معلوماً أن المكان المذكور ملك لأحد بعد استيلاء الإسلام على البلاد المذكورة ولكن لم يعلم مالكها فليس له أخذ التراب أما إذا كان معلوماً أن لها مالكاً قبل استيلاء الإسلام عليها أو كان غير معلوم مالكها فيجوز أخذ التراب منها.

وعلى هذه الصورة إذا كان مالك الأرض معلوماً فتكون لمالكها ولورثته بعد وفاته أما إذا كان مالكها غير معلوم فتكون لقطة ويتصرف فيها إمام المسلمين كتصرفه في جميع اللقطات وفي هذا الحال إذا ظهر مالكها فترد إليه، كما أنه إذا ضبطها أحد بداعي أنها موات وزرعها وترتب نقصان أرض من زراعتها فيضمن نقصان الأرض لمالكها أنظر المادة (٩٠٧). وإذا لم يحصل من زراعتها نقصان أرض فلا يلزمه شيء ويكون الزرع للزارع. أنظر المادة (١٢٤٦). (الخانية بزيادة وأبو السعود والطوري بتغيير ما).

وإذا انقرض أصحاب الأرض المملوكة فتكون تلك الأراضي عند بعض الفقهاء كالموات وتكون عند بعضهم لقطة (الهندية في إحياء الموات في الباب الثاني).

وفي قانون الأراضي العثماني تعود هذه الأراضي المملوكة التي انقرض أصحابها إلى بيت المال وتكتسب حكم الأراضي الأميرية.

كذلك لو استولى البحر على أراضي أحد فأصبحت بحراً ثم عادت فأحياها آخر فتكون تلك الأراضي لمالكها الأول ولا تكون للمحيي (الهندية).

وقد ذكر آنفاً أن الأراضي التي كانت تحت استيلاء الماء ثم برزت بصورة لا تعود المياه إليها تعتبر أرضاً مواتاً إذا لم تكن حريماً لعامر، أما إذا استولت المياه على أرض آخر حين انسحابها عن تلك الأراضي فليس لصاحب الأرض التي استولت المياه عليها أن يقول: إن المياه قد استولت على أرضي فإني آخذ بدلاً عنها الأرض المنسحبة عنها المياه (رد المحتار) أما إذا انسحبت المياه عن الأرض بصورة يؤمل معها رجوع المياه ثانية إلى الأرض فلا تعتبر الأرض مواتاً بل يبقى حق العامة فيها.

٢ ـ أن لا تكون تلك الأرض عائدة للوقف فإذا كانت الأرض المتروكة والمعطلة عائدة للوقف فلا يجوز إحياؤها أي لا يجوز لأحد إحياؤها على أن تكون ملكاً له.

٣ ـ أن لا تكون تلك الأرض أرضاً أميرية فإذا كانت الأرض في تصرف أحد بموجب سند تمليك (طابو) أو كانت أرضاً أميرية فلا يجوز إحياؤها (رد المحتار).

٤ ـ أن لا تكون مرعى لقصبة أو قرية.

٥ ـ أن لا تكون محتطباً لقرية فإذا كانت مرعى أو محتطباً لقرية فبما أن لأصحابها حقاً فيها فلا تعد مواتاً ولا يجوز إحياؤها (الدرر) حتى أنه لو أحيى أحد هذه الأراضي ظناً منه أنها موات وتصرف فيها ثلاثين أو أربعين سنة بلا نزاع فتسمع دعوى أهالي القرية على المتصرف وتنزع منه إذا ثبتت دعوى القرية. أنظر المادة (١٦٧٥).

٦ ـ أن لا تكون مقبرة لقرية أو قصبة فإذا كانت مقبرة فيجب إبقاؤها مقبرة كما كانت ولا يجوز فسخ المقبرة بإحيائها أو تمليكها لآخر، كما أنه لا يجوز انتفاع أهل المحلة فيها ولو زالت آثار المقبرة، إلا أنه يباح احتشاش الكلأ النابت في المقبرة أي جمعه واطعامه للحيوانات أي أنه أيسر أن يجمع الكلأ ويطعم للحيوانات بدلاً من إدخال البقر إلى المقبرة ورعيها الكلأ المذكور (الإسعاف)

٧ ـ أن تكون بعيدة عن أقصى العمران فإذا لم تكن الأرض ملكاً لأحد كما أنها لم تكن مرعى أو محتطباً لقصبة أو قرية أو مقبرة لها ولكن كانت غير بعيدة عن أقصى العمران فلا تكون مواتاً بل تكون أرضاً متروكة كما هو مذكور في المادة الآتية.

ومدار الحكم عند أبي يوسف في الموات البعد أي أن تكون بعيدة عن أقصى العمران، وعدم جواز إحياء المحلات القريبة من أقصى العمران ولو كانت بلا صاحب. أما عند الإمام محمد فمحور الحكم هو انقطاع الإرتفاق أي عدم انتفاع الأهالي منها سواء كانت قريبة من العمران أو بعيدة عنه وحسب هذا الرأي يجوز إحياء الأراضي القريبة من العمران التي بلا صاحب والتي لا ينتفع الأهالي منها، وقد رجح الزيلعي وشمس الأئمة قول الإمام أبي يوسف واختارت المجلة في هذه المادة ـ واختار القانون الأراضي أيضاً ـ قول الإمام أبي يوسف (أبو السعود والطوري).

المادة (١٢٧١) ـ (الأراضي القريبة من العمران تترك للأهالي على أن تتخذ مرعى أو بيدراً أو محتطباً وتدعى هذه الأراضي الأراضي المتروكة)

الأراضي القريبة من العمران أي الخارجة عن العمران أو القريبة منه تترك للأهالي على أن تتخذ مرعى أو بيدراً أو محتطباً ولا يعد انتفاع الأهالي منقطعاً عن تلك الأراضي (الطوري).

والمحلات التي يصل إليها صوت جهير الصوت عند صياحه من أقصى العمران تعد قريبة من العمران وحريماً للعمران فلا تعد مواتاً ولو لم يكن لها صاحب، أما الأراضي الواقعة فيما وراء وصول الصوت فتعد مواتاً إذا تحققت القيود المذكورة في المادة الآنفة، كما أن الأراضي الواقعة داخل العمران أي في داخل القصبة والقرية لا تعد مواتاً وتدعى هذه الأراضي الأراضي المتروكة فلا يجوز إحياء هذه الأراضي ولا تمليكها لآخر لأنه إذا كان الناس يستعملونها في الحال فهم محتاجون إليها تحقيقاً وإذا كانوا لا يستعملونها فهم محتاجون إليها تقديراً وهذه الأراضي هي كالطريق والنهر (الطوري بزيادة).

مثلاً: لو ملك والي ولاية عرصة مستعملة من القديم لوقوف مركبات أهل قصبته، وأحدث المشتري عليها بناء فيقلع بناؤه وتبقى العرصة كالأول.

المادة (١٢٧٢) - (إذا أحيى وعمر أحد أرضاً من الأراضي الموات بالإذن السلطاني يصير مالكاً لها، وإذا أذن السلطان أو وكيله أحداً بإحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط ولا يتملكها فيتصرف ذلك الشخص في تلك الأرض على الوجه الذي أذن به ولكن لا يملك تلك الأرض)

إذا أحيى وعمر أحد من رعايا الدولة سواء كان مسلماً أو غير مسلم أرضاً من الأراضي الموات بالذات أو بواسطة وكيله الموكل بذلك بالإذن السلطاني يصير مالكاً لها ويجب عليه أن يؤدى لبيت المال العشر أو الخراج حيث أنه لا يختلف المسلم وغير المسلم في سبب الملك، فلذلك إذا أحيى الأرض على هذا الوجه ثم تركها بعد الإحياء فزرعها آخر فيكون المحيي الأول أحق بها لأنه بإحيائه للأرض أصبح مالكاً لها وبتركه الأرض لا تخرج عن ملكه (الطوري فى إحياء الموات).

وقد ذكر ذلك في شرح المادة (١٢٧٠).

إيضاح القيود:

١ - وكيله، وإحياء الوكيل يكون للموكل وذلك إذا أذن أحد من طرف السلطان بإحياء موات فلم يحيه بالذات وأحياه وكيله فيملك الموكل الأرض التي أحييت ولا يملكها الوكيل (الهندية في الباب الأول من الموات ورد المحتار).

٢ - الإذن السلطاني، ويشترط في الإحياء عند الإمام الأعظم إذن السلطان لأنه قد ورد في الحديث الشريف «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» فإن قلت: إن اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئاً من الأملاك بغير إذن الإمام مع أن الظاهر خلافه كالبيع وغيره. قلت:

عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأي الإمام وما نحن فيه من ذلك.

ويثبت عقلاً لزوم إذن السلطان وذلك أن هذه الأراضي كانت قبل الإستيلاء في يد الأجانب وقد دخلت إلى حوزة الإسلام بالإستيلاء وعليه فالأراضي في البلاد المستولى عليها فيء وغنيمة ولا يختص أحد بالفيء والغنيمة إلا بإذن السلطان كالغنائم فلذلك إذا أحيى أحد أرضاً بلا إذن السلطان وكان قد ترك الإستئذان جهلاً منه فيجب على السلطان أن يتركها ويملكها له. ولا يستردها منه وإن كان قد ترك الإستئذان تهاوناً منه فيجوز استردادها منه زجراً له (الجوهرة) (وقد ورد في قانون الأراضي أنه إذا أحيى أحد مواتاً بلا إذن من السلطان فيؤخذ منه قيمة المثل وتفوض الأرض له إذا كان طالباً لها وإذا لم يطلبها بقيمة المثل فتعطى لآخر بطريق المزاد).

أما عند الإمامين فلا يشترط إذن السلطان في إحياء الموات فلذلك يجوز إحياء الموات بدون إذن من السلطان ويملك الأرض محييها ويستدلان بالحديث الشريف المروى في البخاري ومسلم (من أحيى أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها) ولأنه مباح سبقت إليه يده كالاحتطاب والاصطياد (الطوري في إحياء الموات).

وقد اختارت المجلة في هذه المادة قول الإمام الأعظم. أما الاختلاف بين الإمام الأعظم وبين الإمامين فهو في حلة أن المحيي من رعايا الدولة أما إذا كان المحيي من رعايا الدولة أجنبية فلا يملك المحيي الأرض المحياة بالإتفاق (أبو السعود).

٣ ـ إذا أحيى وعمّر، ويحترز بهذا التعبير من مسألتين:

المسألة الأولى: الإقطاع، وذلك لو اقطعت أرض موات لأحد لإحيائها أي إذا أعطيت له فلا يملكها بمطلق الإقطاع فإذا أحيى تلك الأرض في ظرف ثلاث سنوات فبها ولا يتعرض له في مدة الثلاث السنوات وإذا لم يحيها في تلك المدة ومرت الثلاث السنوات فلا يكون للمقطعة له أي حق فيها وتبقى الأرض مواتاً كالأول ويمكن إعطاؤها لآخر للإحياء. والحكم الموجود في قانون الأراضي المتضمن «إذا لم يفتح أحد الأرض التي أخذ إذناً من مأمورها بفتحها على الوجه المحرر وتركها على حالها ثلاث سنوات بلا عذر صحيح فتعطى لآخر» هو مبني على هذه المسألة الشرعية.

المسألة الثانية ـ التحجير ويأتي تفصيله في المادة (١٢٧٩).

وإذا أذن السلطان أووكيله بإحياء أرض على أن ينتفع بها فقط ولا يتملكها فالشرط المذكور صحيح ويتصرف ذلك الشخص في تلك الأرض على الوجه الذي أذن به ولكن لا يملك رقبة تلك الأرض التي أحياها لأنه يجب اذن السلطان ليتملك الأرض حسب الفقرة الأولى من هذه المادة فإذا لم يأذن السلطان بتملكه فلا يملكها المحيي.

ويفهم من هذه المادة أن الموات يحيي على وجهين: أولهما، أن يكون ملكاً للمحيي. الثاني أن

لا يكون ملكاً للمحي بل الإنتفاع للمحيي فيه فقط، وبموجب قانون الأراضي المرعى الإجراء لا يؤذن لأحد بإحياء الموات على أن يكون ملكاً للمحي بل يؤذن بالإحياء على أن تكون رقبة الأرض ملكاً لبيت المال وفي هذا الحال تصبح الأرض المحياة أرضاً أميرية، والفرق بين نوعي هذه الأراضي هو أن الأراضي المملوكة توقف وترهن وتوهب وتباع وتجري الشفعة فيها وتورث أما الأراضي الأميرية فلا توقف ولا ترهن ولا توهب ولا تباع ولا تجري الشفعة فيها ولا تورث لعموم الورثة بل تنتقل انتقالاً عادياً حسب قانون الأراضي.

حيث قد ذكر في المادتين (١٢٧٧ و١٢٧٨) الأمور التي يحصل بها التحجير ثم ذكر في مادة (١٢٧٩) حكم التحجير فكان ذلك ترتيباً حسناً، وكان من المقتضى أن تأتي هذه المادة عقب المواد (١٢٧٤ و١٢٧٥ و١٢٧٦).

المادة (١٢٧٣) - (إذا أحيى أحد مقداراً من قطعة أرض وترك باقيها فيكون مالكاً لما أحياه ولا يملك باقيها، لكن إذا بقي في وسط الأراضي التي أحياها جزء خال فيكون ذلك الجزء له أيضاً)

إذا أحيى أحد مقداراً من قطعة أرض موات بإذن السلطان وترك باقيها الواقع في ناحية وطرف منها فيكون مالكاً لما أحياه ولا يملك باقيها عند محمد (الهندية في الباب الأول من الموات) لأن الملك يملك بالإحياء والإعمار كما ذكر في المادة الآنفة.

مثلاً لو أحيى أحد أربعين دونماً من طرف أرض موات مساحتها خمسون دونما بالبناء أو الزراعة وترك في زاوية منها عشرة دونمات بلا احياء فلا يملك تلك العشرة الدونمات بل يملك الأربعين دونماً التي أحياها وباقي الأرض يعطي بعد مرور ثلاث سنوات على إحيائها لآخر للإحياء كما ذكر في شرح المادة الآنفة.

لكن إذا بقي في وسط الأراضي التي أحياها جزء خال فيكون ذلك الجزء ملكاً للمحيي أيضاً (الهندية في الباب الأول من الموات). لأن أربعة أطراف هذا الجزء الذي بقي في الوسط هو ملك للمحيي فيبقى ذلك المحل بدون طريق فلا يمكن إعطاء أحد إذناً بإحيائه، مثلاً لو بذر أحد بذراً في قسم من قطعة أرض أو أنشأ أبنية فيها فيكون القسم الذي بذر فيه البذر أو أنشأ فيه الأبنية قد أحيى ولا يعد الباقي محيي فإذا كان هذا الباقي واقعاً في وسط الأرض فيكون ملكاً للمحيي أيضاً وقد قدر هذا المحل بنصف دونم أما الطوري فقد ذكر المسألة على الإطلاق بقوله إذا كان الموات في وسط الإحياء يكون إحياء للكل.

وقول المجلة «جزء منه» لا يخالفان بيان الطوري أما عند الإمام أبي يوسف فإذا كان المقدار المحيي أكثر من نصف تلك الأرض فيعد الباقي محيي وإذا كان الباقي نصف الأرض أو أكثر منه فلا يعد الباقي محيي (الهندية) ويرى أنه قد اختير في هذه المادة قول الإمام محمد.

المادة (١٢٧٤) - (إذا أحيى أحد أرضاً من الأراضي الموات ثم جاء آخرون فأحيوا الأراضي التي في أطرافها الأربعة فتتعين طريق ذلك الشخص في الأراضي التي أحياها المحيي الأخير أي يكون طريقه منها).

إذا أحيى أحد أرضاً من الأراضي الموات ثم جاء آخرون فأحيوا بالتعاقب الأراضي التي في أطراف تلك الأرض الأربعة فتتعين طريق ذلك الشخص في الأراضي التي أحياها المحيي الأخير أي تكون طريقه منها أي من أراضي المحيي الأخير لأنه بسكوته أثناء إحياء الأول والثاني والثالث قد تعين طريقه من الجهة الرابعة فلذلك يكون المحيي للجهة الرابعة قد قصد إحياء طريقه وإبطال حقه.

ويشار بقول المجلة «آخرون» إلى تعدد المحيين للأطراف الأربعة أما إذا كان المحيون غير متعددين بل كان المحيي شخصاً واحداً وأحيى الأربعة الأطراف فللمحيي الأول أن يتخذ له طريقاً من الجهة التي يريدها من الأطراف الأربعة.

قيل في الشرح «فاحيوا بالتعاقب» وعبارة المحيي الأخير الواردة في المجلة تؤيد هذا القيد لأنه إذا لم يحيوا جوانب الأرض الأربعة على التعاقب بل أحيوها معاً فللمحيي الأول أن يختار أي جهة من الجهات الأربع لاتخاذها طريقاً له (الهندية في الباب الأول من الموات، ورد المحتار والدرر والطوري).

المادة (١٢٧٥) - (كما أن زرع البذر وغرس شتل الأشجار إحياء للأرض، كذلك كراب الأرض أو سقيها أو شق مجرى وجدول للسقي إحياء لها أيضاً)

كما أن (١) زرع الأرض (٢) وغرس الأشجار (٣) وإنشاء الأبنية إحياء للأرض، كذلك (٤) كراب الأرض فقط رواية عن الإمام أبي يوسف ومعنى الكراب قلب الأرض للحراث أو (٥) سقيها فقط، أما إذا كربت وسقيت فهو إحياء للأرض بالإتفاق، أو (٦) شق مجرى وجدول للسقي إحياء لها أيضاً على رأي الإمام الأعظم فلذلك يملك المحيي الموضع أو المحل الذي أحياه على هذا الوجه أي أنه إذا وجد أحد هذه الأمور الستة فيحصل الإحياء ويكون المحيي مالكاً للأرض.

وقد قال الإمام محمد أنه إذا وجد الكراب والسقي معاً فهو إحياء أما إذا وجد أحدهما فقط فهو تحجير، أما الإمام أبو يوسف فقد قال بحصول الإحياء بأحدهما وقد فصل في المادة الكراب عن السقي بحرف «أو» وبذلك يكون قد اختير قول الإمام أبي يوسف وقد قيل ذلك أيضاً في التنوير والزيلعي (القهستاني والطوري ورد المحتار).

هل يحصل الإحياء بشق المجرى والجدول؟. قد ذكر في الهداية والمسكين والطوري أن شق المجرى والجدول بدون إجراء الماء فيه ليس بإحياء بل هو تحجير وأنه يجب لحصول الإحياء أن

يجري ويسال الماء فيه بعد شقه. ويفهم من ظاهر المجلة أن الإحياء يحصل بمطلق شق المجرى والجدول فقط وقد ذكر القهستاني أيضاً (من إحياء الموات بحفر النهر أو السقي على ما روي عنه) فذكر ما قالته المجلة وأسند هذا القول للإمام الأعظم.

المادة (١٢٧٦) ـ (إذا أحاط أحد أطراف أرض من الأراضي الموات بجدار أو علّى أطرافها ببناء مسناة بقدر ما تحفظه من ماء السيل فيكون قد أحيى تلك الأرض)

(١) إذا أحاط أحد أطراف أرض من الأراضي الموات بجدار أو (٢) علّى أطرافها ببناء مسناة[1] بقدر ما تحفظه من ماء السيل أو (٣) حفر بئراً حتى أخرج الماء منها كما هو مذكور في شرح المادة الآتية فيكون قد أحيى تلك الأرض لأن الحائط أو المسناة هو من جملة البناء وقد ذكر في شرح المادة الآنفة أن البناء إحياء (الهداية) ولو ذكرت المسائل الواردة في هذه المادة في المادة الآنفة لكان قد جمع فيها جميع التصرفات التي تعد إحياء.

والخلاصة أن الأمور التي تعد إحياء كما ذكر في المادة الآنفة وفي متن وشرح هذه المادة هي عبارة عن تسعة أمور:

(١) زرع البذر (٢) غرس الشتل (٣) بناء الأبنية (٤) كراب الأرض (٥) سقي الأرض (٦) شق جدول ومجرى للسقي (٧) إحاطة الأرض بجدار (٨) بناء مسناة (٩) حفر بئر حتى خروج الماء. فلذلك لو حفر أحد في أسفل الجبل الموات بئراً فيملك ذلك الجبل حتى اعلاه (الهندية في لباب الأول من الموات).

المادة (١٢٧٧) ـ (إحاطة جوانب الأرض الأربعة بالأحجار أو الشوك أو جذوع الأشجار أو تنقية الحشائش منها أو إحراق الأشواك التي فيها أو حفر بئر ليس بإحياء لتلك الأرض بل هو تحجير فقط)

(١) إحاطة جوانب الأرض الأربعة بالأحجار أو الشوك أو جذوع الأشجار (٢) أو تنقية الحشائش منها (٣) وإحراق الأشواك التي فيها (٤) أو حفر بئر بدون وصول إلى الماء (٥) أو حفر بئر بلا إذن السلطان ولو وصل الماء ليس لتلك الأرض، بل هو تحجير فقط (رد المحتار ومنلا مسكين) أي أن كل واحد من هذه الأمور الخمسة يعد تحجيراً.

ومسألة حفر البئر قد ذكرت بصورة مطلقة في بعض الكتب الفقهية كالتبيين، ومجمع الأنهر كما ذكرت أيضاً في المجلة بأنها تحجير. إلا أنه قد ذكر في بعض الكتب الفقهية كالهندية وشرح

---

(١) المسناة ما يبنى للسيل لبرد الماء

المجمع أن حفر البئر حتى الوصول إلى الماء احياء وحفرها بدون وصول إلى الماء تحجير، والمعنى الظاهر من الإطلاق المذكور في الكتب الفقهية هو هذا المعنى أي التقييد فقد شرح كذلك وقيد إطلاق المجلة. وقد ذكر في شرح الكفاية ان حفر البئر تاماً بإذن السلطان هو إحياء وحفرها ناقصاً تحجير وحفر البئر تاماً بلا إذن السلطان هو تحجير.

المادة (١٢٧٨) - (إذا حصد أحد ما في الأراضي الموات من الحشائش أو الأشواك ووضعه في أطرافها ووضع عليه التراب ولم يتم مسناتها بوجه يمنع ماء السيل إليها فلا يكون أحيى تلك الأرض ولكن يكون حجرها)

إذا حصد أحد ما في الأراضي الموات من الحشائش أو الأشواك ووضعه في أطرافها ووضع عليه التراب وبذلك منع دخول الناس إليها ولكن لم يتم مسناتها بوجه يمنع ماء السيل إليها فلا يكون أحيى تلك الأراضي ولكن يكون حجرها (منلا مسكين) .

إن ما ذكر في هذه المادة هو السبب الأول من أسباب التحجير المذكورة في المادة الآنفة ولذلك فلا تفيد هذه المادة شيئاً أزيد مما أفادته تلك المادة وإن يكن أن الحشائش والأشواك التي توضع في أطراف الأرض مقيدة بأن تكون الحشائش وأشواكاً محصودة من تلك الأرض. أما أسباب التحجير الواردة في المادة الآنفة فلم يقيد فيها أن تكون الحشائش والأشواك محصودة من تلك الأرض وعلى كل فلا يوجد فرق مهم يوجب وضع هذه المادة على حدة .

المادة (١٢٧٩) - (إذا حجر أحد محلاً من الأراضي الموات يكون أحق من غيره بذلك المحل مدة ثلاث سنين فإذا لم يحيه في ظرف الثلاث السنين فلا يبقى له حق ويجوز أن يعطى لغيره لإحيائه)

إذا حجر أحد محلاً من الأرض الموات على الوجه المبين في المادة (١٢٧٧) فلايكون مالكاً له لأن الملك يثبت بالإحياء والإعمار ولا يثبت بمجرد التحجير (الدر المختار) كما أن المقصود في دار الإسلام إظهار عمارة الأراضي حتى تحصل المنفعة باستيفاء العشر أو الخراج (الجوهرة) .

ولكن يكون أحق من غيره بذلك المحل مدة ثلاث سنين أي تكون له الأولوية في إحياء تلك الأرض وتخصيص هذه الأولوية لمدة ثلاث سنوات هو لقول أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه «ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق» وقد أجمعت الأمة على ذلك.

وقد اتفق العلماء على أن التحجير لا يفيد الملك المؤبد كما أنه قد اختلف في إفادته الملك المؤقت فقد قال بعض العلماء أنه يفيد الملك المؤقت مدة ثلاث سنوات وقال الآخرون لا يفيد الملك مطلقاً والقول الصحيح هو القول الثاني لأن الإحياء هو جعل الأراضي صالحة للزراعة أما التحجير

فهو منع وضع اليد من الغير على الأرض الموات بأحد الأسباب المبينة في المادة (١٢٧٧) والأسباب المذكورة لا تفيد الملك وتبقى الاباحة التي هي الأصل ولكن يكون المحتجر أولى.

وثمرة الخلاف هي عدم أخذ الأراضي المذكورة حكماً في ظرف الثلاث السنوات من يد المحتجر على القول الأول، وعلى القول الثاني لا تؤخذ ديانة إنما تؤخذ حكماً فلذلك لو أحياها آخر بإذن من السلطان في ظرف الثلاث السنوات فيملكها المحيي على القول الثاني ولا يملكها على القول الأول (الطورى وأبو السعود).

فإذا لم يحيها المحتجر في ظرف الثلاث السنين فلا يبقى له حق أي لا يبقى له أولوية ويجوز أن تعطى لغيره لإحيائها بإذن السلطان لأن تسليم تلك الأراضي للمحتجر مبنى على أن يعمرها ويزرعها المحتجر ويحصل من ذلك نفع بأخذ العشر أو الخراج فإذا لم يحصل هذا المقصد فلم يبق ثمة فائدة في بقائها في يده (المنح بتغيير) .

فإن قلت إذا كان الدفع لأجل العشر أو الخراج فيقتضي هذا الدليل أن للإمام أن يأخذها ويدفعها إلى غيره بعد الإحياء أيضاً إذا كان لم يزرعها تحصيلاً لمنفعة المسلمين بالعشر أو الخراج، قلنا قد ملكها بالإحياء دون التحجير والإمام لا يملك أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير المملوك إليه لذلك فافترقا (الطوري).

لا يلزم في التحجير إذن السلطان كما في الإحياء وعليه فالتحجير بلا إذن السلطان جائز (الهداية) .

مثلاً: لو حفر أحد بئراً في الأرض الموات بدون أن يصل إلى الماء فهو تحجير. أنظر شرح المادة الآنفة .

والحفر التام إذا كان بإذن سلطاني فهو إحياء كما بين في شرح المادة (١٢٧٦) أما إذا حفر البئر حفراً تاماً بدون إذن السلطان فلا يكون إحياء بل يكون تحجيراً (الكفاية) .

الخلاصة: إن التحجير كما يكون بإذن السلطان يكون أيضاً بلا إذن السلطان وعليه فقيد «بعد إذن» في قول منلا مسكين في شرح الكنز «وإن حجر بعد إذن لا يملك» ليس قيداً احترازياً

المادة (١٢٨٠) - (من حفر بئراً تامة في الأراضي الموات بإذن السلطان فهي ملكه)

كذلك تكون أربعون ذراعاً من جميع أطراف البئر ملكاً لصاحب البئر أيضاً. أنظر المادتين (١٢٨١ و١٢٨٦).

ولكن لا يملك ماء تلك البئر ولا يجوز له منع الآخرين من أخذ الماء منها كما ذكر في شرح المادة (١٢٦٨).

وقوله «بإذن السلطان» هو للسبب المبين في شرح المادة « ١٢٧٢» فلذلك إذا حفر أحد بئراً تامة بدون إذن السلطان فلا يكون إحياء أي لا يملكها حافرها بل يكون محجراً لها كما أنها إذا باشر حفر البئر بإذن السلطان وترك الحفر قبل خروج الماء فهو تحجير، أنظر شرح المادة (١٢٧٧).

الفصل السادس

(في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والأشجار المغروسة)
(بالإذن السلطاني في الأرض الموات)

وحريم الشيء هي حقوقه ومرافقه التي حوله وأطرافه، وتسميته حريماً هو لأن التصرف به والإنتفاع منه لغير مالكه حرام وممنوع أنظر مادة (٩٦) (رد المحتار وأبو السعود[1])

المادة (١٢٨١) - (حريم البئر أي حقوق ساحتها أربعون ذراعاً من كل طرف)

حريم البئر التي تحفر في الأرض الموات بإذن من السلطان أي حقوق ساحتها أربعون ذراعاً من كل طرف أي من جوانبها الأربعة. ويفهم من ذكر البئر بصورة مطلقة أن الحكم في ذلك متساو سواء كانت البئر بئراً ناضحة أي التي يستخرج منها الماء بدولاب أي بحيوانات أو كانت بئراً عطناً وهي التي يستخرج منها الماء بالتحريك أو بالدلو أي أن حريم هذين واحد أي أربعون ذراعاً، أما إذا كان عمق البئر أكثر من أربعين ذراعاً فعلى رأي بعض الفقهاء أنه يزاد الحريم بقدر ما ينتهي إليه حبل البئر كما إنه إذا لم يكف هذا الحريم لرخاوة الأرض واقتضى منحها حريماً أكثر من ذلك فيجب منحها الحريم الذي تحتاجه وفي هذا الحال يكون الاعتبار للحاجة وليس للتقدير (مجمع الأنهر وشرح المجمع ورد المحتار وأبو السعود والشبلي والطوري). إلا أنه حيث حصر في هذه المادة أن الحريم أربعون ذراعاً فلا يمكن العمل بتزييد الحريم في حال الاحتياج إلى التزييد.

وتعبير من كل طرف هو حتى لا يفهم أن الأربعين ذراعاً هي مجموع الأربعة الأطراف أي عشر أذرع من كل طرف وحيث ان الحريم أربعون ذراعاً من كل طرف فيساوي مجموعه مائة وستين ذراعاً وليس لصاحب البئر أن يحفر بئراً في داخل الحريم أو أن يتصرف تصرفاً آخر.

وسبب كون حريم البئر أربعين ذراعاً من كل جهة هو لئلا يحفر أحد في جوار البئر بئراً أخرى ويحول ماء البئر الأولى إلى بئره ويضر بصاحب البئر الأولى ولا يدفع هذا الضرر بإعطاء عشرة أذرع حريماً للبئر من كل جهة لأن الأراضي تختلف عن بعضها بالصلابة والرخاوة فلذلك لزم إعطاء حريم أربعون ذراعاً حتى أنه لو حفر بئر بعيدة عن البئر الأولى بأربعين ذراعاً يوجب جذب

---

(١) فهو فعيل بمعنى فاعل اسناده مجاز (القهستاني)

ماء البئر الأولى بسبب رخاوة الأرض فيزداد الحريم على رأي بعض الفقهاء (الدر المختار ورد المحتار) .

والمراد بالذراع ست قبضات. ويسمى هذا الذراع بذراع العامة وذراع الكرباس، لأن هذا الذراع أقصر من ذراع المساحة، والذراع من المرفق إلى الأنامل وهو ذراع العرب (رد المحتار).

وقد قيد شرحاً حفر البئر بإذن السلطان كما دل على ذلك عنوان الفصل لأن البئر التي يحفرها أحد بدون إذن من السلطان لا يملكها حافرها كما أنه لا يكون لها حريم. أنظر شرح المادة (١٢٨٠). (رد المحتار).

قيل شرحاً «في الموات» وعنوان الفصل يدل على ذلك أيضاً لأنه لو حفر أحد بئراً في ملكه فله أن يترك المقدار الذي يريده حريماً في ملكه ولا يكون له حريم في ملك غيره مطلقاً. أنظر المادة (١٢٩١).

كذلك لو اشترى أحد محلاً لحفر بئر أو أباح أحد لآخر أن يحفر في ملكه بئراً فلا يكون لهذه البئر حريم دون اشتراط ذلك، فلذلك لو أراد حافر البئر تنظيف بئره فليس له إبقاء الأوحال في ملك ذلك الشخص والظاهر أن له أن يستقي من البئر باليد لأنه لا ينتفع بالبئر بدون الاستقاء (رد المحتار).

المادة (١٢٨٢) - (حريم الأعين أي المنابع التي يستخرج ماؤها من محل وتجري مياهها على وجه الأرض خمسمائة ذراع من كل طرف)

حريم الأعين أي المنابع التي يستخرج ماؤها من محل في الأرض الموات بإذن السلطان وتجري مياهها على وجه الأرض خمسمائة ذراع من كل طرف لأنه قد ورد في الحديث الشريف «إن حريم الأعين خمسمائة ذراع» وتقدير ذلك بخمسمائة ذراع مبني على السماع من الشارع كما أن الأعين تستخرج لإسقاء المزروعات فتحتاج إلى محل لإجراء الماء فيه كما تحتاج لبناء حوض لجمع الماء فيه لإجرائه للمزارع فيحتاج ذلك إلى مسافة أكثر (أبو السعود والهداية والطوري).

وقد قال بعض الفقهاء: إن تقدير الحريم للمنابع بخمسمائة ذراع هو في حالة كفاية هذا المقدار بسبب صلابة الأرض. أما إذا كانت الأرض رخوة ويمكن أن يستخرج آخر منبعاً خارج الخمسمائة ذراع بسبب رخاوة الأرض وتحول مياه المنبع الأول إليه فيقتضي تزييد الحريم حتى لا تتحول مياه المنبع الأول للمنبع الثاني فلا تتعطل العين الأولى (الطوري).

أما عند الشافعي والمالكي رضي الله عنهما فيعتبر العرف في تعيين مقدار الحريم (مجمع الأنهر)

وقول المجلة «من كل طرف» حتى تكون جوانب العين الأربعة خمسماية ذراع وحتى لا يفهم أن حريم كل طرف مائة وخمسة وعشرون ذراعاً. فإذا كان للعين حريم خمسمائة ذراع من جوانبها الأربعة فمجموع ذلك ألفا ذراع (أبو السعود) .

المادة (١٢٨٣) - (حريم النهر الكبير الذي لا يحتاج إلى الكرى في كل وقت من كل طرف مقدار نصف النهر فيكون مقدار حريمه مساوياً عرض النهر)

حريم النهر الكبير الذي لا يحتاج إلى الكرى في كل وقت والذي حفر وأجرى في الأرض الموات بإذن السلطان من كل مقدار نصف النهر فيكون مجموع مقدار حريمه من طرفيه مساوياً عرض النهر أي حريمه من كل طرف نصف عرض النهر المذكور، والمراد بالنهر في هذه المادة هو النهر الذي أجرى في الأرض الموات كما بين ذلك شرحاً وكما دل عليه عنوان الفصل، يعني مثلاً لو شق أحد من نهر أعظم كدجلة والفرات نهراً يمر من أرض موات واساله إلى مزرعته فحريم هذا النهر المنشعب مساوٍ لعرض النهر من الطرفين .

أما إذا وجد نهر لأحد في ملك الآخر فإيضاح ذلك سيرد في المادة (١٢٩٠).

وهذه المادة مبنية على مذهب الإمام أبي يوسف وبما أن رأي المومأ إليه في هذه المسألة مفتى به فقد اختارته المجلة .

ويثبت لزوم الحريم على الوجه الآتي:

إن استحقاق الشيء هو للحاجة إليه فإذا احتبس شيء في النهر وأراد صاحب النهر إصلاحه لإجراء الماء فلا يستطيع المشي في وسط النهر فيحتاج للمشي في أطرافه وإذا كرى النهر فتوجد مشقة عظيمة له في نقل الأوحال إلى أسفل النهر فيحتاج إلى محل في طرف النهر ليلقى فيه الأوحال.

فلذلك لو تنازع صاحب الأرض مع صاحب النهر على الحريم وادعى كل منهما أن الحريم حريمه فالقول لصاحب النهر لأن ظاهر الحال شاهد لصاحب النهر لأن صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه كان القول له لأنه صاحب يد بالاستعمال (الزيلعي في الموات) .

وسبب إنقسام الحريم لجانبي النهر هو أنه يحتاج لإلقاء وطرح أو حال النهر إلى جانبيه فلزم تقسيم حريم النهر إلى الجانبين (شرح المجمع) .

أما عند الإمام محمد فحريم النهر من جانب مساو لمجموع عرض النهر ومن الجانب الآخر مساو لمجموع عرض النهر أيضاً فيكون حريم النهر على رأي الإمام المشار إليه ضعف الحريم الذي ذكرته المجلة .

أما رأي الإمام الأعظم فليس لمثل هذا النهر الكبير حريم لأن استحقاق البئر والعين جاء على خلاف القياس وثبت بالنص فلا يلحق به غيره. أنظر المادة (١١٥) ألا يرى أنه لو أنشأ أحد قصراً في أرض موات بإذن السلطان ومع كونه محتاجاً لحريم لإلقاء القمامة فليس له حريم حيث أنه يستطيع الانتفاع بالقصر بدون الحريم (الزيلعي والطوري).

المادة (١٢٨٤) - (حريم النهر الصغير المحتاج للكرى في كل وقت أي المجاري والجداول وكذلك حريم القناة التي تحت الأرض هو مقدار ما يلزمها حين الكرى من المحل لطرح أحجارها وأوحالها)

حريم النهر الصغير المحتاج للكرى في كل وقت أي المجاري والجداول التي أحييت في الأرض الموات بإذن السلطان وكذلك حريم القناة التي تحت الأرض والتي لا يجري ماؤها فوق الأرض هو مقدار ما يلزمها حين الكري من الحل لطرح أحجارها وأوحالها لأنه يحتاج صاحب النهر حين تطهير النهر للمشي على ضفافه فلا ينتفع من النهر بدون الحريم (شرح المجمع والقهستاني).

والمراد من النهر هنا النهر الصغير الذي أجرى في الأرض الموات كما أشير إلى ذلك شرحاً وكما يدل على ذلك عنوان الفصل، أما حكم النهر الجاري في عرصة الآخر فسيذكر في المادة (١٢٩٠).

المادة (١٢٨٥) - (حريم القناة الجاري ماؤها على وجه الأرض كالعيون خمسمائة ذراع من كل طرف)

حريم القناة الجاري ماؤها على وجه الأرض كالعيون الفوارة خمسمائة ذراع من كل طرف عند الإمامين أنظر المادة (١٢٨٢) أما إذا كان ماؤها غير جار على سطح الأرض فحريمها قد مر ذكره في المادة الآنفة (منلا مسكين والقهستاني).

وقد كان الأجدر أن تذكر المادة « ١٣٨٩» هنا أي قبل المادة الآتية وكان الأنسب أن يذكر في الفقرة الأخيرة من المادة الآتية «والقنوات والأشجار الخ».

المادة (١٢٨٦) - (حريم الآبار ملك أصحابها فلا يجوز لغيرهم أن يتصرف فيها بوجه وإذا حفر أحد بئراً في حريم آخر يُردم. وحريم الينـابيع والأنهر والقنوات على هذا الوجه أيضاً)

حريم الآبار ملك أصحابها كالآبار حتى أنه لو حفر إثنان في الأرض الموات بئراً بـإذن السلطان على أن تكون البئر لأحدهما والحريم للآخر فتكون البئر والحريم ملكاً مشتركاً مناصفة بينهما

وكذلك لو حفر إثنان بئراً في الأرض الموات على أن يصرف أحدهما على حفرها مبلغاً أزيد من الآخر وأن تكون البئر والحريم مشتركين بينهما مناصفة فللطرف الذي صرف أكثر الرجوع على الآخر بنصف الزيادة.

كذلك لو حفر إثنان نهراً على أن يكون ملكاً لأحدهما والأرض ملكاً للآخر فالمقاولة على ذلك غير جائزة ويكون النهر والأرض مشتركين مناصفة بينهما ويرجع الصارف أزيد من الآخر

بالزيادة على الآخر (رد المحتار قبيل الشرب).

فلا يجوز لغيرهم أن يتصرف فيها بوجه كأن يحفر بئراً أو يغرس أشجاراً أو يزرع الأرض لأن هذا الحريم هو ملك لصاحب البئر ولا يجوز لآخر أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن. أنظر المادة (٩٦). بناء عليه إذا حفر أحد بئراً في حريم الآخر فتردم. أنظر المادة (١٩) أي أن لصاحب البئر الأولى أن يأمر صاحب البئر الثانية أن يملأ بئره بالتراب وأن يردمها لأن إزالة جناية حفر البئر تكون بالكبس كما أنه لو ألقى أحد قمامته على دار أو عرصة الآخر فيلزم برفعها ولصاحب البئر الأولى أن يسد البئر الثانية بإملائها بالتراب إلا أنه يكون متبرعاً بمصاريف سد البئر وليس له الرجوع بها على صاحب البئر الثانية.

وقد قال بعض العلماء أنه ليس له حق سد البئر كما ذكرت المجلة بل له أن يضمن حافر البئر الثانية نقصان الحفر ثم يسدها بنفسه فتقوّم الأرض أي الحريم أولاً بلا حفر وثانياً بالحفر والفرق بين القيمتين يضمنه صاحب البئر الثانية لصاحب البئر الأولى. وهذا هو الصحيح كما إذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار.

يرى أن المجلة لم تعتبر هذا القول بل اختارت القول الأول، فعلى هذا التقدير إذا حصل ضرر لأحد من البئر الأولى كأن تقع دابته فيها فتتلف فلا يلزم ضمان على صاحب البئر لأن صاحب البئر غير متعد بحفرها لأنه إذا كان حفرها بإذن السلطان فهو مالكها وإذا حفرها بلا إذن فإن لم يملكها فقد حجرها وأما إذا حصل ضرر من البئر الثانية فيضمنه صاحب البئر الثانية (أبو السعود والدر المختار ورد المحتار).

وحريم الينابيع والأنهر والقنوات على هذا الوجه أيضاً وذلك أن حريم النهر ملك لصاحبه يتصرف به وليس لغيره التصرف به لأنه لا يجوز التصرف في ملك الغير بلا إذن وإذا تصرف آخر فيه كان متعدياً، فلذلك لو أراد بضعة أشخاص زرع أخضار في مواضع الأوحال التي يلقيها النهر الجاري لطاحون أحد فلصاحب الطاحون منعهم (البهجة).

المادة (١٢٨٧) - (إذا حفر أحد بئراً بالإذن السلطاني بالقرب من حريم بئر الآخر فيكون حريم هذه البئر من سائر الجهات أربعين ذراعاً أيضاً ولكن ليس له أن يتجاوز من جهة البئر الأولى على حريمها)

إذا حفر أحد بئرا بالإذن السلطاني بالقرب من حريم بئر أخرى أي حفر بئرا خارج حريم البئر الأولى في موضع قريب من منتهى حريمه فيكون حريم هذه البئر الثانية في سائر الجهات أي من الثلاث الجهات الأخرى أربعين ذراعا أيضا، وسببه قد بين في شرح المادة (١٢٨١).

ولكن ليس له أن يتجاوز من جهة البئر الأولى على حريمه لأن حريم البئر الأولى قد أصبح

ملكاً لصاحب البئر الأولى. أنظر المادة (٩٦) كذلك لو حفر شخص ثالث أيضاً بإذن سلطاني بئراً ثالثة خارج حريم البئر الثانية وفي موضع قريب من حريم البئر الثانية فيكون للبئر الثالثة من الجهتين حريم أربعون ذراعاً وليس له أن يتجاوز من جهة البئر الأولى والثانية على حريمها. (رد المحتار).

المادة (١٢٨٨) - (إذا حفر أحد بئراً في خارج حريم بئر فتسربت مياه البئر الأولى إلى تلك البئر فلا يلزم شيء، كما أنه لو فتح أحد دكاناً في جانب دكان آخر وكسدت تجارة الأول فلا تغلق الثانية)

إذا حفر أحد بئراً بإذن السلطان في خارج حريم بئر ولو في موضع قريب من حريم البئر الأولى ومتصل بها فتسربت مياه البئر الأولى إلى تلك البئر الثانية فلا يلزم شيء كإقفال البئر أو ضمان المياه لأن صاحب البئر الثانية لم يكن متعدياً بالحفر كما أن الماء الذي تحت الأرض غير مملوك لأحد فلذلك ليس له حق الخصومة. أنظر المادتين (٩٣ و ١٢٣٥)

سؤال - إذا حفر أحد بئراً خارج حريم بئر أخرى وتسربت مياه البئر الأولى إلى البئر الثانية فيكون صاحب البئر الثانية قد أضر بصاحب البئر الأولى ضرراً فاحشاً، إذ عرّف الضرر الفاحش في شرح المادة (١٩٩) أنه الشيء الذي يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من مال ويخرجه من الإنتفاع بالكلية. تأمل في الجواب!. أنظر شرح المادة (١٢٣٥)

كما أنه لو فتح أحد دكاناً في جانب دكان الآخر وكسدت تجارة الأول لبيعه مالاً من جنس المال الذي يبيعه صاحب الدكان الأول فلا تغلق الدكان الثانية كما أنه ليس له أن يطلب أي تعويض عن ضرره أو خسارة. أنظر المادة (٢٥) وشرح المادة (١١٩٧) .

المادة (١٢٨٩) - (حريم الشجرة المغروسة بالإذن السلطاني في الأراضي الموات خمسة أذرع من كل جهة وليس لغيره غرس شجرة ضمن هذه المسافة)

حريم الشجرة المغروسة بالإذن السلطاني في الأرض الموات خمسة أذرع من كل جهة، لأن الشجرة تحتاج لحريم لجمع ثمرها وتكويمه على الأرض، كما أنه قد ثبت بالحديث الشريف: (ان حريم الشجرة خمسة أذرع) وذلك أنه في عهد النبي ﷺ غرس شخص شجرة في أرض موات ثم جاء آخر وأراد غرس شجرة في جنب الشجرة الأولى فراجع صاحب تلك الشجرة الرسول ﷺ وشكى الأمر إليه فخصص لصاحب الشجرة الأولى حريماً خمسة أذرع وجوز تصرف الآخر خارج الحريم المذكور (العناية).

بما أن الاعتبار في تعيين مقدار الحريم هو مقدار الحاجة كما بين في شرح المادة (١٢٨١)

وليس بالتقدير فيجب أن يكون الحكم في حريم الشجر أيضاً على هذا الوجه لأن الشجرة تختلف بالنسبة لكبرها وصغرها (رد المحتار) أي الشجرة الكبيرة تحتاج لحريم أكبر من حريم الشجرة الصغيرة.

وليس لغيره غرس شجرة ضمن هذه المسافة أو أن يتصرف أي تصرف آخر. أنظر المادتين (٩٦ و١٢٨٦).

ويفهم من قوله «بالإذن السلطاني» أن الأشجار التي غرست في الأرض الموات بدون إذن سلطاني ليس لها حريم عند الإمام الأعظم. أما الإمامان فقد خالفا الإمام الأعظم في هذه المسأله ولكن ليس للقصر المنشأ في الأرض الموات بإذن سلطاني حريم وإن كان محتاجاً لحريم لطرح القمامة (رد المحتار قبيل فصل الشرب).

المادة ١٢٩٠) ـ (طرفا الجدول الجاري في عرصة آخر بقدر ما يحفظ الماء هما لصاحب الجدول، وإذا كان طرفاه مرتفعين فما ارتفع منهما أيضاً لصاحب الجدول، وإن لم يكن طرفاه مرتفعين ولم يوجد دليل أيضاً على أن أحدهما ذو يد بأن كان عليهما أشجار مغروسة لصاحب العرصة أو لصاحب الجدول ففي هذا الحال يكون ذانك المحلان لصاحب العرصة لكن ليس لصاحب الجدول حق طرح وإلقاء الطين في طرفي الجدول وقت كريه)

ليس للجدول الجاري في عرصة آخر حريم عند الإمام فيما إذا كانت المسناة متصلة بالأرض ومساوية لها أي لم تكن المسناة أعلى أو أسفل من الأرض ولم تكن معلومة في يد أي منهما ما لم يثبت وجود الحريم بالبينة، فلذلك لا تعد الأرض التي في طرف النهر الصالحة لغرس الأشجار حريماً لذلك النهر ولذلك ليس لصاحب النهر أن يتصرف فيها بوجه ما كغرس الأشجار مثلاً، كما أنه ليس لصاحب النهر أن يدخل إلى العرصة لإصلاح النهر بل يجب عليه أن يمر من بطن النهر أنظر المادة (٢٥). (جامع الفصولين).

وقد ذكر رد المحتار أن بعض الفقهاء قالوا بمنع صاحب النهر من المرور ولكنه ذكر أن الأشبه عدم المنع لوجود الضرورة.

ولكن طرفي الجدول الجاري في عرصة آخر بقدر ما يحفظ الماء هما لصاحب الجدول أما ما عدا ذلك من طرفيه الصالحين لغرس الأشجار فلا يعد حريماً لصاحب النهر ما لم يثبت ذلك.

وإذا كان طرفا النهر غير متصلين بالأرض بل كانا مرتفعين فهما لصاحب الجدول أيضاً أي أنه يوجد بين الجدول والعرصة حد فاصل كالحائط وشكل بالحد المذكور مسناة بينهما ولم يكن على هذه المسناة للطرفين أن لصاحب الجدول أو لصاحب العرصة شجراً أو طين يكون دليلاً على أن المسناة في يد أحدهما فتكون هذه المسناة لصاحب الجدول كما أنه لو كان لصاحب الجدول على

المسناة المذكورة شجر مغروس أو تراب أو طين ملقى مما يدل على وضع يده فتكون المسناة له أيضاً لأنه في هذا الحال يكون صاحب الجدول واضع اليد. أما إذا كان لصاحب العرصة شجر مغروس على طرفي الجدول المرتفعين أي على المسناة مما يدل على اشغالها بحقه فتكون المسناة لصاحب العرصة. (رد المحتار).

وإذا لم يكن طرفا الجدول مرتفعين بل كانا موازيين ومحاذيين لأرض العرصة ولم يوجد دليل على أن أحدهما ذو اليد بأن تكون مشغولة بحق أحدهما كأن تكون مغروسة بأشجار لأحدهما أو وجدت أشجار مغروسة في طرفيه ولكن لم يكن الغارس للأشجار معلوماً ففي هذا الحال يكون ذانك المحلان لصاحب العرصة لأنه ليس للجدول الواقع في عرصة الآخر حريم، أي أنه لا يجوز أن يتمسك بأحكام المادتين (١٢٨٣، ١٢٨٤)، ويدعى أن لهذا الجدول حريماً فلذلك لصاحب العرصة أن يغرس أشجاراً على هذين الطرفين وأن يزرعهما أيضاً. أنظر المادة (١١٩٧) وليس لصاحب الجدول غرسهما أو زراعتهما. أنظر المادة (٩٦).

لكن لصاحب الجدول حق طرح وإلقاء الطين إلى طرفي الجدول وقت كريه وليس لصاحب العرصة ممانعته في ذلك ما لم يكن الطين كثيراً بصورة فاحشة ويبقى حق مسيل صاحب الجدول وليس لصاحب العرصة رفع الجدول. أما إذا كان طرفا الجدول مشغولين بحق أحدهما بأن يكونا مغروسين شجراً لصاحب العرصة أو لصاحب الجدول مما يدل على أن أحدهما ذو يد ففي هذا الحال يكون طرفاه لصاحب اليد لأن ظاهر الحال شاهد لصاحب اليد فالقول قوله. أنظر المادة (٧٧) وقد ذكر ذلك آنفاً.

المادة (١٢٩١) - (ليس لبئر حفرها شخص في ملكه حريم، ولجاره أيضاً أن يحفر بئراً أخرى في ملك نفسه قرب تلك البئر وليس لذلك الشخص منع جاره من حفر البئر بقوله: أنها تجذب ماء بئري)

ليس لبئر حفرها شخص في ملكه حريم في ملك آخر، فلذلك لجاره أيضاً أن يحفر بئراً آخرى في ملك نفسه قرب تلك البئر. أنظر المادة (١١٩٢) وليس لذلك الشخص منع جاره من حفر البئر في ملكه بقوله: أنها تجذب ماء بئره. أنظر المادة (١١٩٧) كما أنه ليس له أن يتداخل في ماء بئر جاره الجديد. أنظر المادة (١٢٣٥). (الفتاوى الجديدة)

ويرد على هذه المادة السؤال الذي ورد في شرح المادة (١٢٨٨).

ولكن لذلك الشخص أن يترك بقدر ما يريد حريماً لبئره من ملكه. أنظر شرح المادة (١٢٨١). (القهستاني).

ويروى أن جاراً قد حفر بئراً في عرصته فجذبت ماء بئر جاره فشكى الآخر إلى الإمام

الأعظم فأوصاه الإمام الأعظم بأن يحفر بالوعاً قرب بئر جاره فعمل بإشارة الإمام وسالت النجاسة من البالوع إلى البئر فاضطر الجار أن يردم بئره من نفسه (الكفوي في الشرب).

ويرد للخاطر أن نصيحة الإمام لذلك الرجل مخالفة للشرع حيث أنه من الواجب إزالة الضرر الفاحش بحكم المادة (١٢٠٠) ولكن قد بين في شرح المادة (١١٩١) أن اجتهاد الإمام الأعظم هو أنه لا يمنع أحد من التصرف في ملك نفسه ولو كان في ذلك ضرر فاحش على الآخر

ولكن بما أن المجلة قد قبلت القول القائل بإزالة الضرر الفاحش فإذا أنشأ الجار كنيفاً أو بالوعاً يفسد ماء جاره فيمنع من ذلك حسب ما جاء في المادة (١٢١٢).

الفصل السابع

(في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الصيد)

للصيد دليل مشروعية وتعريف وركن وحكم وحلّ أكله.

مشروعية الصيد: ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول.

الكتاب؛ قد ورد في الكتاب الكريم «وإذا حللتم فاصطادوا» و «حرم عليكم صيد البر ما دمتم حُرما» فمدة التحريم إلى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية.

السنة، الحديث الشريف (الصيد لمن أخذه).

إجماع الأمة، قد أجمعت الأمة على مشروعية الصيد.

المعقول، إن الصيد هو الانتفاع بالشيء المخلوق لانتفاع بني الإنسان وهو نوع من الاكتساب فهو مباح كالاحتطاب، (الزيلعي بزيادة والهداية وشرحها).

تعريف الصيد، للصيد معنيان لغوي وشرعي:

فالصيد لغة اصطياد الصيد، ويطلق على الصيد المصيد فالمفعول سمي بالمصدر واستعمل لفظ صيد مجازاً بمعنى مصيد والصيد بهذا المعنى مصدر وجمعه صيود، ومعنى الصيد الشرعي قد ورد ذكره في المادة (١٢٩٣)، (الدر المختار ورد المحتار وأبو السعود).

ركن الصيد، عبارة عن صدور فعل الاصطياد ملابساً لشرطه ووقوعه في محله.

حكم الصيد، عبارة عن ثبوت ملك الصائد للصيد إذا اصطاد صيداً حقيقة أو تقديراً، والصيد تقديراً هو إخراج الصيد عن حيز الانتفاع أي جعله في حالة لا يمكنه بها الفرار (الهندية في الباب الأول من الصيد).

حل أكل الصيد، في الصيد اعتباران:

الاعتبار الأول ـ عبارة عن حلّ أكل وتناول الصيد، ويجب وجود خمسة عشر شرطاً لحل الأكل، وقد بحثت المادة (١٢٩٦) من هذا الفصل عن ذلك، فلذلك ستبين التفصيلات المتعلقة بذلك في شرح المادة المذكورة .

الاعتبار الثاني ـ عبارة عن أن صيد الصيد مباح، وأكثر أحكام هذا الفصل متعلق بهذا الاعتبار .

المادة (١٢٩٢) ـ (صيد الصيد جائز سواء كان بالآلات كالرمح والبندقية، أو بالحيوانات كالكلب المعلم، أو بالجوارح من الطير كالبازي المعلم)

آلات الصيد نوعان:

النوع الأول ـ جماد كالمزراق، والنوع الثاني ـ حيوان كالكلب المعلم .

بناء عليه فصيد الصيد جائز سواء كان بالآلات كالرمح والبندقية والسيف والسكين، أو بالحيوانات ذات الناب كالكلب المعلم والفهد، أو بالجوارح من الطير كالبازي المعلم والعقاب والصقر والباشق (الهداية والهندية) .

إيضاحات في حق الآلات التي من الجماد: الأصل والقاعدة هو إذا كان موت الصيد مضافاً يقيناً إلى الجرح فأكله حلال، وإذا كان مضافاً يقيناً إلى ثقل آلة الصيد فأكله حرام، وإذا حصل شك في موت الصيد بالجرح أو الثقل أي لم يكن أحدهما معلوماً فترجح جهة الحرمة ويحرم أكله لأنه إذا اجتمع المحرم والمبيح يرجح طرف المحرم (الهداية)، كما أنه إذا كان مسلم عاجزاً عن مد القوس فأعانه مجوسي في مده فقتل صيداً فلا يحل أكل هذا الصيد، كذلك لو كان في يد مسلم سكين وأمسك المجوسي يد المسلم وذبح الذبيحة فلا تؤكل حيث إن المحرم والمحلل اجتمعا فرجحت جهة التحريم (الهندية قبيل كتاب الرهن بتغيير ما) .

الآلات الجارحة: هي الآلات التي تجرح، ويحترز بها من الآلات الداقة ويفيد ذلك عدم جواز الصيد بالآلات الداقة التي لا تجرح بل تدق وتطحن الصيد أي أنه لا يؤكل الصيد الذي يصطاد بتلك الآلات الداقة.

فلذلك لو رمى أحد حجراً جسيماً على صيد ولم يجرحه لثقله بل دقه فلا يؤكل الصيد، كذلك لو رمى أحد القوس على طير فلم يصبه رأس النبل أصابه جانبه وقتل الصيد بلا جرح فلا يحل أكل الطير .

كذلك لو رمى الطير بالسيف أو بالسكين وأصابت شباة السيف أو رأس السكين ذلك الطير وجرحته فيؤكل الطير أما إذا أصابته قبضة السيف أو قبضة السكين فقتل الصيد بالدق فلا يؤكل «الهداية»

إيضاحات في آلات الصيد التي من الحيوانات: يطلق الكلب لغة على كل سبع «بالفتح وضم الباء» أي على الحيوان الجارح، ويخرج بقوله الحيوان الجارح الحيوانات الغير الجارحة كالجمال والبقر اذ لا يجوز الاصطياد بها، ولكن يوجد أربعة أنواع من الحيوانات الجارحة مستثناة فلا يجوز اتخاذها آلات صيد ولا يؤكل صيدها:

١ ـ الأسد، لأن الأسد غير قابل للتعليم إذ لا يشتغل الأسد لعلوّ همته للغير أي للصائد .

٢ ـ الدب، لأن الدب لا يقبل التعليم اذ أنه لخساسته لا يشتغل للغير أما إذا تصور أن هذين الحيوانين يمكن أن يتعلما الصيد وتحقق تعلمهما فيجوز الاصطياد بهما أيضاً (الشرنبلالي).

٣ ـ الحدأة، وهذه أيضاً غير قابلة للتعليم إذ أنها لا تشتغل للغير لخساستها.

٤ ـ الخنزير، وهو أيضاً غير قابل للتعليم لأنه نجس عند المسلمين (الدر المختار وشرحه)

المعلم، اسم مفعول مأخوذ من التعليم. ولزوم التعليم ثابت بالآية الكريمة:﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن﴾وقول النبي الكريم لأبي ثعلبة (ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل) .

كما أن الحيوان إذ لم يكن معلماً فلا يكون آلة للصياد كما يكون صيده لنفسه لا للصياد وتعليم الكلب يحصل بتركه أكل الصيد ثلاث مرات متواليات فلذلك إذا أكل الكلب الصيد نادراً أو معتاداً فلا يؤكل صيد ذلك الكلب، كما أنه لو ترك الكلب أكل الصيد ثلاث مرات متواليات وعرف أنه معلم ثم أكل الصيد فبما أنه علامة للجهل فلا يؤكل ذلك الصيد، كما أنه لا يؤكل ما يصيده بعد ذلك ما لم يترك الأكل بعدها ثلاث مرات على التوالي ويتحقق تعلمه. أما الصيد الذي يصطاد قبل ذلك فإذا كان في ملك الصائد فلا يؤكل أما إذا أتلفه فلا تثبت الحرمة فيه بالإتفاق لأن محل الحرمة قد فات (التنوير وشرحه) .

وتعليم البازي هو برجوعه عند دعوة صاحبه له، فلذلك لو أكل البازي صيداً فيؤكل الصيد لأن تعليم البازي ليس بتركه الأكل (شرح المجمع والهندية ورد المحتار) .

الشروط الخمسة عشر في حق حل الأكل: إن حل أكل الصيد مشروط بخمسة عشر شرطاً وهذه تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول ـ الشروط العائدة للصائد وهي عبارة عن خمسة أشياء:

١ ـ أن يكون الصائد من أهل الذكاة وكون الصائد من أهل الذكاة أن يكون عاقلاً للتسمية والذبح ، وموحداً دعوى واعتقاداً أو دعوى فقط أي يكون مسلماً أو كتابياً وقد ورد في الكتاب الكريم﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾فلذلك فصيد غير العاقل للتسمية والذبح كالصبي والمجنون والمجوسي والوثني والمرتد الذين لم يكونوا من أهل الكتاب لا يجوز أكله (الهندية في الباب الثالث من الصيد).

٢ ـ أن يكون الصائد مرسلاً للكلب فلذلك إذا لم يرسل الصائد الكلب بل تخلص الكلب من يد صائده أو انطلق بنفسه وأخذ الصيد وقتله فلا يؤكل هذا الصيد كما أنه لا يؤكل صيد الكلب الذي لم يعلم بإرساله من الصائد حسب الأصول لأنه في هذه الصورة لا يكون مقطوعاً ومجزوماً وجود الشرط (رد المحتار).

٣ ـ أن لا يشارك من لا يحل صيده مرسل الكلب، فلذلك لو أرسل مسلم أو كتابي كلبه المعلم كما أن مجوسياً أرسل أيضاً كلبه المعلم فاصطاد الكلبان الصيد وجرحاه وقتلاه فلا يحل أكل ذلك الصيد .

٤ ـ أن لا يتعمد الصائد ترك التسمية حين الإرسال أي أنه يجب على الصائد حين إرسال كلبه للصيد أن يقول «بسم الله» فلذلك إذا ترك الصائد حين الإرسال التسمية عمداً فلا يؤكل ذلك الصيد، ويشترط حصول التسمية حين الإرسال فلذلك لو ترك الصائد التسمية حين الإرسال عمداً ثم زجره مع التسمية فانزجر وأصاب الصيد بعد ذلك فلا يؤكل الصيد، وفي هذه الصورة لا تعتبر التسمية وقت الإصابة في الذكاة الاضطرارية أما التسمية في الذكاة الاختيارية فخلاف ذلك لأن التسمية في الذكاة الاختيارية واقعة على المذبوح وليس على الآلة. فلذلك لو سمى أحد على الشاة المضجعة على الأرض للذبح ثم أفلتها وذبح شاة أخرى بتلك التسمية فتكون الشاة الثانية مذبوحة بلا تسمية مع أنه لو أطلق الصائد بندقيته على صيد أو أرسل كلبه إلى صيد وسمى فأصاب صيداً وقتله فيؤكل ذلك الصيد .

كما أنه لو أضجع أحد شاة للذبح وسمى فترك السكين الذي في يده وذبح الشاة بسكين آخر جاز وحل أكل المذبوح مع أنه لو سمى أحد على الصيد وأطلق بندقيته عليه ثم ترك تلك البندقية وأطلق بندقية أخرى على الصيد بالتسمية الأولى وقتله فلا يحل أكل الصيد (رد المحتار).

قيل «إذا ترك التسمية عمداً» لأنه إذا ترك التسمية نسياناً فيعتبر أنه سمى حكماً (رد المحتار).

٥ ـ أن لا يشتغل الصائد بعمل آخر في الفترة الكائنة بين إرساله كلبه للصيد وبين أخذ الصيد (رد المحتار).

القسم الثاني ـ الشروط العائدة للكلب وهي عبارة عن خمسة أشياء أيضاً:

١ ـ أن يكون الكلب معلماً وقد وضح آنفاً .

٢ ـ أن يذهب الكلب للصيد على سنن الإرسال حتى يكون الإصطياد مضافاً للإرسال فلذلك إذا اشتغل الكلب بعد الإرسال بعمل آخر مثلاً كأن أكل الصيد بعد الإرسال أو توقف للروث أو عدل عن الصيد وذهب يميناً أو يساراً أو توقف مدة طويلة للاستراحة ثم أتبع الصيد بعد ذلك وأخذه وقتله فلا يؤكل مالم يسم الصائد تسمية جديدة بعد زجره ويرسله ثانية إلى الصيد، كما أنه لو رد الحائط والشجر أو الريح السهم إلى الوراء أو إلى اليمين أو الشمال وأصاب صيداً وقتله

فلا يؤكل أما إذا لم يتوقف الكلب للراحة بل توقف للإستخفاء على وجه الحيلة فلا يعد ذلك اشتغالاً بعمل آخر ولا يمنع ذلك حل أكل الصيد (التنوير والدر المختار ورد المحتار).

٣ ـ أن لا يشارك في الإصطياد كلب آخر لا يحل صيده، فلذلك إذا اشترك في أخذ وجرح الصيد كلب آخر غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب غير مرسل أو كلب لم يسم حين ارساله فلا يحل أكل الصيد، أما إذا شارك الكلب الثاني في الأخذ فقط كأن يفر الصيد من الكلب الأول فيرده الكلب الثاني إلى الكلب الأول دون أن يجرحه وجرحه الكلب الأول وقتله فأكل هذا الصيد على القول الصحيح مكروه تحريماً والبعض قال بأنه مكروه تنزيهاً.

كذلك إذا رد الصيد للكلب الأول سبع أو حيوان آخر قابل للتعليم والاصطياد فيكون كالرد من الكلب الثاني لوجود المجانسة، أما إذا لم يرد الكلب الثاني الصيد للكلب الأول بل جعل الكلب الثاني الكلب الأول يثب للصيد فوثب وقتل الصيد بالوثوب فلا بأس من أكله، كما أنه لو رد الحيوان الذي لا يجوز اصطياده كالجمل والبقر الصيد للكلب وقتل الكلب الصيد فيحل أكله، وحكم البازي في جميع ما ذكر كالكلب (رد المحتار).

٤ ـ أن يقتل الكلب الصيد بعد جرحه حتى يتحقق معنى الذكاة بالتطهير بإخراج الدم وقد أقيم الجرح مقام الذكاة سواء خرج من هذا الجرح دم أو لم يخرج وسواء كان الجرح كبيراً أو صغيراً لأن الدم لا يخرج أحياناً بسبب ضيق المنفذ أو بسبب كثافة الدم (عبد الحليم).

فلذلك لو دق السهم الصيد وقتله فلا يؤكل من جهة الذكاة (الدر المختار ورد المحتار).

كذلك إذا لم يجرح الكلب الصيد بل خنقه فلا يؤكل على ظاهر الرواية (الدرر).

٥ ـ أن لا يأكل الكلب شيئاً من الصيد فإذا أكل الكلب أو أحد الحيوانات الأخرى التي يجوز الإصطياد بها مع الكلب شيئاً من الصيد فلا يؤكل ذلك الصيد مطلقاً، كما أنه لو أكل الكلب من الصيد بعد أن تحقق أنه كلب معلم بترك الأكل ثلاث مرات فلا يؤكل هذا الصيد لكونه علامة على جهل الكلب (التنوير ورد المحتار).

القسم الثالث ـ الشروط المتعلقة بالصيد وهي خمسة:

١ ـ أن لا يكون الصيد من الحشرات والحشرات (بالفتحات) تطلق على الهوام كالعقرب والحية والذباب والفراشة والعلق والخنفساء لأنها من الخبائث قال الله تعالى﴿ويحرم عليكم الخبائث﴾ (الهندية في الباب الأول مع ضم من اللغة).

٢ ـ أن لا يكون الصيد من نبات الماء ما لم يكن سمكاً أو سمك الثعبان أو جّريثاً (بكسر الجيم وتشديد الراء) (شرح المجمع).

٣ ـ أن يكون الصيد مقتدراً على الفرار بجناحيه أو قوائمه كما بين في المادة (١٢٩٥).

٤ ـ أن لا يكون الصيد متقوياً بنابه أو مخلبه، والناب يطلق على الأسنان والمخلب يطلق على أظافر الطيور والحيوانات الجارحة (رد المحتار في أول الصيد مع ضم من اللغة).

فلذلك لا يحل أكل البازي والنسر لأنهما ذوا مخلب، كما أنه يحرم أكل السباع ذات الناب الجارحة عادة، وأكل المنهب (شرح المجمع).

٥ ـ أن يموت الصيد قبل تحقق اقتدار الصائد على ذبحه، فلذلك إذا أدرك الرامي أو مرسل الكلب الصيد قبل موته فيجب عليه أن يذبحه مع التسمية فإذا ترك الذبح في هذا الحال فلا يحل أكل ذلك، فعليه إذا اختفى الصيد بعد جرحه بآلة الصيد التي أرسلها الصائد فعلى الصائد المرسل أو الرامي أن يسرع بالتحري عن الصيد وأن لا يتراخى ويقعد عن التحري فإذا أدرك الصيد حياً يذبحه وإذا لم يدركه حياً ورآه مجروحاً بآلة الصيد التي أرسلها جاز أكله أيضاً، أما إذا رآه مجروحاً بجروح أخرى غير جروح آلة صيده فلا يحل أكله. أنظر أول شرح هذه المادة (الهندية في الباب الأول من الصيد ورد المحتار).

وجميع هذه الشروط متعلقة بحل أكل الصيد الذي لم يدرك حياً (رد المحتار في أول الصيد).

المادة (١٢٩٣) ـ (الصيد هو الحيوان البري المتوحش أي الذي يخاف وينذعر من الإنسان)

الصيد هو الحيوان المتوحش الممتنع عن الإنسان أي القادر على الإمتناع والتوحش طبعاً والذي لا يمكن أخذه بلا حيلة. والصيد الذي لا يكون كذلك لا يكفي فيه الجرح والذبح الإضطراري. والذبح أي الذكاة قسمان:

القسم الأول: الذكاة الاختيارية. والقسم الثاني: الذكاة الاضطرارية. ولا تحل الذكاة الإضطرارية إذا وجدت القدرة على الذكاة الاختيارية يعني إذا اكتفى بالذكاة الاضطرارية في هذا الحال فيحرم أكل المذبوح وإذا حصل العجز عن الذكاة الإختيارية فتجوز الذكاة الاضطرارية أي يحل في هذا الحال أكل المذبوح بذكاة اضطرارية والأصل أن الحيوان الإنسي إذا توحش ووقع العجز عن الذكاة الاختيارية يحل بالذكاة الاضطرارية (الهندية في الباب السابع من الصيد).

ومحل الذكاة الاختيارية ما بين اللبّة واللحيين، واللبّة ـ بالفتح وتشديد الباء المفتوحة ـ هو محل ذبح الجمل والبقر أي بمعنى المنحر من الصدر والذكاة الاضطرارية عبارة عن الطعن والجرح وإنهار الدم. وكما يحصل عن الذكاة الإختيارية في الصيد يحصل أيضاً في الحيوانات الأهلية التي تفروتتوحش ولا يمكن ضبطها كالإبل أو التي تقع في بئر ولا يتمكن من الذكاة الاختيارية فتطعن في أي موضع من المواضع الممكن طعنها فيه وتقتل ويحل أكلها وكذلك لو فرت الشاة في الصحراء فذكاتها عقرها وعلى هذا أجمع العلماء لأن الذبح متعذر (الجوهرة).

إيضاح القيود:

١ ـ الممتنع، وهو القادر على التخلص والفرار برجليه أو جناحيه كما ذكر في المادة (١٢٩٥) وعليه فالدجاج والوز والغزال الأليف المشدود بحبل ليس بصيد أي لا تكفي فيه الذكاة الإضطرارية كما أنه لا تعد هذه مباحة واصطيادها من آخر غير جائز، كذلك لو سقط الحيوان في الشبكة كالأرانب والغزال أو تردى في البئر أو ضعف بالجرح فلا يصطاد بعد ذلك أي لا يكتفي فيه بعد ذلك بالذكاة الاضطرارية كما أنه لا يعد مباحاً ولا يصطاد من آخر. أنظر المادة (١٢٩٥)

٢ ـ طبعاً، ويخرج بهذا القيد الحيوانات الأهلية في الأصل كالإبل والبقر التي توحشت بعد ذلك فلذلك لو توحش حيوان أحد الأهالي وفر فاصطاده آخر فلا يملكه ويجب عليه رده لصاحبه ولكن تجوز فيه الذكاة الاضطرارية كما ذكر آنفاً.

٣ ـ المتوحش، أي الذي يخاف ويتذعر من الإنسان، وعليه فقيد «ممتنع ومتوحش» غير مغنيين عن بعضهما لأن الظبي المستأنس ممتنع غير متوحش والصيد الساقط في الشبكة أو في البئر أو الضعيف المجروح حيوان متوحش غير ممتنع (عبد الحليم ومجمع الأنهر والدر المنتقى ورد المحتار والقهستاني مع ضم من اللغة).

٤ ـ البري، ويشار بهذا القيد إلى أنه لو توحشت الحيوانات الأهلية فاصطادها أحد فلا يملكها لأنها لا تعد صيداً ويجب على صائدها ردها لصاحبها كما ذكر آنفاً وتجوز فيها الذكاة الاضطرارية.

٥ ـ الحيوان، ويفهم من ذكر هذا التعبير بصورة مطلقة أنه يجوز صيد نوعي الحيوان البريّ المأكول اللحم أو غير مأكوله إذ أن الحيوان المأكول اللحم يصطاد لأكل لحمه كما أن الحيوان الغير المأكول اللحم يصطاد لفروه وريشه ودفع شره كما يجوز ذبح وإتلاف الهرة والكلب لنفعهما القليل وذلك لو كانت هذه مؤذية فيجب ذبحها بدون التعذيب بالضرب وفرك الأذن (رد المحتار).

المادة (١٢٩٤) ـ (كما لا تصطاد الحيوانات الأهلية لا تصطاد الحيوانات البرية المستأنسة بالإنسان أيضاً، فلو أمسك أحد الحمام المعلوم أنه غير بريّ بدلالة أمثاله أو الصقر الذي برجله الجرس أو الغزال الذي في عنقه الطوق فهو من قبيل اللقطة فيجب على ممسكها أن يعلن عنها لتعطى لصاحبها عند ظهوره)

كما لا تصطاد الحيوانات الأهلية كالفرس والشاة أي لا يملكها الصائد بصيدها لا تصطاد الحيوانات البرية المستأنسة بالإنسان أيضاً أي لا يثبت ملك الصائد فيها بصيدها والصيد الوارد في موضعين من هذه المادة مستعمل بمعناه المصدري.

الأول ـ إن الحيوانات الأهلية لا تصطاد، يعني لو فرت دجاجة أحد وغابت وكان ضبطها غير

ممكن فاصطادها آخر فلا يملكها وعلى صائدها أن يردها لصاحبها.

الثاني: لا يصطاد الحيوان البري المستأنس بالإنسان، وعلى ذلك فلو أمسك أحد غير صاحبه في المدن أو القرى أو الصحراء الحمام المعلوم أنه غير بري بدلالة أمثاله أي الحمام الذي يظهر من حاله وشأنه أنه مال وملك لأحد وله مأوى كأن يكون في رجله جرس أو الصقر الذي برجله الجرس أو الغزال الذي في عنقه الطوق فهو من قبيل اللقطة فيجب على ممسكها أن يشهد حين إمساكها وأن يعلن عنها بعد ذلك لتعطى لصاحبها عند الظهور. أنظر المادتين (٧٦٩ و ٧٧٠) كما أنه لو ظهر في جوف السمكة التي اصطادها أحد خاتم أو نقد مسكوك فلا يملكه بل هو لقطة (الخيرية).

ويفهم من ذلك أنه لو عمل أحد برجاً لحمامه واجتمع فيه حمام الناس وفرّخ فيه فلا تكون تلك الأفراخ ملكاً له. أنظر المادة (١٠٧٤)

وقوله في هذه المادة «المعلوم أنه غير بري» قد شرح آنفاً أي أن لزوم الإعلان لا يكون في حق كل حمام لأنه لو اصطاد أحد من آلاف الحمام المتجمع في جامع بايزيد في الاستانة حمامة وأخذها فيملكها ولكن قد اختلف الفقهاء في حل أكل عموم أنواع الحمام في الذكاة الإضطرارية فقال بعضهم: إذا كان حماماً برياً فيحل أكله بالذكاة الاضطرارية وقال بعضهم بعدم حل أكله بالذكاة الاضطرارية لرجوعه إلى مأواه ليلاً (رد المحتار والهندية في الباب الثاني من الصيد).

قد ذكر أنه لو أخذت هذه الحيوانات في القرى أو المدن أو المفازة فهي لقطة كما ذكر شرحاً حتى أنه لو اصطاد أحد صيداً وأخذه ثم تخلص من يده وفرّ فاصطاده آخر فيكون ذلك الصيد ملكاً للصائد الأول إذ بأخذ الصائد الأول له أصبح مالكاً له وتخلصه من يده بعد ذلك وفراره هو بمنزلة ند البعير إذ لا يوجب ذلك زوال الملك (الهندية في الباب الثاني من الصيد) كما لا يزول أيضاً ملك أحد عن ساعته إذا فقدت منه.

المادة (١٢٩٥) - (يشترط أن يكون الصيد ممتنعاً عن الإنسان أي أن يكون بحاله يمكنه معها الفرار والتخلص برجليه أو جناحيه، فإذا صار إلى حالة لا يقدر معها على الفرار والخلاص كوقوع غزال مثلاً في بئر فيكون قد خرج من حال الصيدية)

يشترط أن يكون الصيد ممتنعاً عن إنسان أي أن يكون بحالة يمكنه معها الفرار والتخلص برجليه أو جناحيه فلذلك إذا صار إلى حالة من طرف أحد بقصد الصيد لا يقدر معها على الفرار والخلاص كوقوع غزال مثلاً في بئر حفره أحد للصيد وأصبح في حالة لا يمكنه الخروج من ذلك البئر فيكون قد خرج من حال الصيدية وأصبح ملكاً لمن أخرجه عن حال الصيدية كما سيذكر في المادة الآتية، وخروج الصيد من حال الصيدية لا يكون بمطلق وقوعه في حالة لا يمكنه الفرار

والتخلص معها كما سيذكر في شرح المادتين (١٣٠٢ و١٣٠٣) فلذلك يجب تقييد هذه المادة على الوجه المشروح (رد المحتار في أوائل الصيد).

فلذلك لو أطلق أحد بندقيته على صيد فجرحه بصورة لا يمكن الفرار والتخلص معها فيملك الصيد توفيقاً للمادة (١٢٩٧).

وكذلك إذا أصاب رصاص الصيادين صيداً في آن واحد فيكون ذلك الصيد مشتركاً بينهما حسب المادة (١٢٩٠).

وكذلك لو جعل أحد السمكة في حالة يتمكن معها من إمساكها بدون الصيد فيملكها. أنظر المادتين (١٣٠٢ و ١٣٠٣).

المادة (١٢٩٦) - (من أخرج صيداً عن حال الصيدية فقد أمسكه)

من أخرج بقصد الصيد صيداً عن حال الصيدية فقد أمسكه وملكه حسب حكم المادة الآتية فلذلك لو أطلق أحد سهماً على صيد فجرحه بحيث جعله في حال لا يمكنه معها الفرار والخلاص أو أخرجه عن حيز الإمتناع ثم أصابه آخر فقتله فالصيد ملك للصائد الأول وليس للصائد الثاني لأن سهمه أخرجه عن حيز الإمتناع فملكه به قبل أن يقتل بسهم الثاني (الطوري قبيل كتاب الرهن).

كذلك لو أطلق أحد رصاصاً على صيد فجرحه بحيث جعله بحالة لا يمكنه التخلص معها وبقى الصيد على حال مدة ثم برئ من الجرح أي أفاق فجاء آخر وأطلق عليه رصاصاً وأخذه كان لهذا الآخر (الهندية في الباب الثاني).

المادة (١٢٩٧) - (الصيد لمن أمسكه، مثلاً إذا رمى شخص صيداً فجرحه بصورة لا يقدر على الفرار والخلاص معها صار مالكاً له، أما إذا جرحه جرحاً خفيفاً أي بصورة يمكنه الفرار والتخلص معها فلا يملكه فإذا ضربه أو أمسكه بصورة أخرى يكون مالكاً له، وكذا لو أصاب شخص صيداً وبعد أن أوقعه نهض ذلك الصيد وهرب فأخذه آخر فيملكه)

الصيد لمن أمسكه. وهذه المادة مأخوذة من الحديث الشريف «الصيد لمن أخذه» (الهداية) فلذلك لو اصطاد أحد سمكة وألقاها على التراب لأخذها بعد ذلك فاضطربت السمكة وسقطت في الماء فتبقى ملكاً للصائد (الهندية في الباب الثاني من الصيد).

فصيد الصيد اما أن يكون حقيقياً كأن يطلق الصائد رصاصاً من بندقيته ويقتل الصيد

ويضع يده عليه أو حكماً بتهيئة سببه كنصب الشبكة، فلذلك لو نصب أحد شبكته فوقع في الشبكة طير فيكون ملكاً لصاحب الشبكة حتى أنه لو جاء أحد وأخذ هذا الطير من الشبكة قبل وصول صاحب الشبكة كان غاصباً (رد المحتار في أوائل الصيد والأشباه والحموي بزيادة وإيضاح). أنظر المادة (١٣٠٣).

مثلاً إذا رمى شخص صيداً فجرحه جرحاً مثخناً بصورة لا يقدر معها على الفرار والتخلص صار مالكاً له ولو أمكنت حياته (رد المحتار). أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (١٢٩٥) والمادة (١٢٩٦)

الجرح المثخن، هو الجرح الذي يجعل المجروح ضعيفاً وعاجزاً عن الإمتناع، فلذلك لو جرح الصائد الصيد جرحاً مثخناً ثم جرحه آخر فقتله فله أن يضبطه من الصائد الثاني ويأخذه لنفسه مستقلاً دون أن يشاركه الصائد الثاني فيه (الهداية). ولكن في هذا الحال إذا كانت الذكاة الإختيارية ممكنة وبقتل الصائد الثاني للصيد يكون قد أتلف الصيد بدون ذكاة اختيارية فلا يحل أكله ويضمن الصائد الثاني للصائد الأول قيمة الصيد مجروحاً بجرح الصائد الأول (التنوير والدر المختار) هذا إذا علم أنه مات من الرمية الثانية أو لم يعلم من أي الرميتين مات، أما إذا علم أنه مات من الرمية الأولى حلّ، والعبرة في حق الحل لوقت الرمي. (الهندية في الباب الثاني من الصيد) وهذا إذا كان الرمي الأول بحال لا ينجو منه الصيد حتى يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني أما إذا كان الرمي الأول بحال لا ينجو منه الصيد بأن بقي فيه من الحياة بقدر ما يبقى من المذبوح بأن يعيش يوماً أو دونه فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يحرم بالرمية الثانية لأنه لا عبرة لهذا القدر من الحياة عنده وعند محمد رحمه الله تعالى يحرم لأن لهذا القدر من الحياة عبرة عنده (الهندية في الباب الثاني)

وحكم الكلب المعلم كحكم السهم، وذلك لو أرسل أحد كلبه المعلم فجرح الصيد جرحاً لا يمكنه من الفرار والتخلص أي جرحاً مثخناً صار مالكاً للصيد، وأما إمساك الكلب الصيد بدون الاثخان فغير معتبر، وكذلك لو أرسل أحد بازيه فأمسك البازي الصيد بمخلبه بدون أن يتمكن من اثخانه فأرسل آخر بازيه فقتل البازي الثاني الصيد كان الصيد ملكاً للصائد الثاني، لأن يد البازي الأول ليست يداً حافظة لتقام مقام يد المالك (رد المحتار).

أما إذا جرحه جرحاً خفيفاً أي جرحاً غير مثخن أي بصورة يمكنه الفرار والتخلص معها فلا يملكه فإذا ضربه آخر أو أمسكه بصورة أخرى فيكون ذلك الشخص الذي أخرجه عن الإمتناع مالكاً له، وبما أن جرح الصائد الأول لم يخرج الصيد عن حيز الامتناع فتكون ذكاة ذلك الصيد ذكاة اضطرارية فيحل أكله أيضاً (شرح المجمع والهندية والزيلعي).

وذلك لو أصاب شخص صيداً وبعد أن أوقعه نهض ذلك الصيد وهرب لعدم اثخانه بالجرح فأخذه آخر فيملكه الآخر لأن هذا الآخر هو الذي أخرجه عن حال الصيد. أنظر المادة (١٢٩٦)

كذلك لو نصب أحد شبكة فسقط فيها صيد فأدخل يده إلى الشبكة وقرب من الطير بصورة يمكنه معها أخذه فاضطرب الطير وتخلص من الشبكة وفرّ فيبقى ملكاً لصاحب الشبكة، أما إذا لم يقرب صاحب الشبكة ذلك القرب وتخلص الطير من الشبكة وفرّ واصطاده آخر كان الصيد للآخر

المادة (١٢٩٨) - (إذا أصاب رصاص الصيادين الصيد في وقت واحد كان ذلك الصيد مشتركاً بينهما مناصفة)

الإعتبار في ملك الصيد لحال الإصابة وليس لحال الرمي وفي حق الحل تعتبر حالة الرمي فلذلك إذا أصاب رصاص الصيادين الصيد في وقت واحد كان ذلك الصيد مشتركاً بينهما مناصفة سواء رمياه في وقت واحد أو رماه أحدهما أولاً والآخر ثانياً. والكلب في ذلك كالرصاص كما سيذكر في المادة الآتية.

أما إذا أصابت رصاصة أحدهما أولاً وجرحت الصيد جرحاً مثخناً ثم أصابت رصاصة الثاني فالصيد لمن أصاب أولاً فلذلك لم تذكر المجلة الرمي واكتفت بذكر الإصابة.

قيل «إذا أصاب صيداً» لأنه لو رمى أحد سهماً إلى صيد ورمى الآخر سهماً على ذلك الصيد وأصاب السهم الثاني السهم الأول ووصل السهمان إلى الطير وقتلا الصيد فينظر فإذا كان السهم الأول في حالة لا يمكنه معها الوصول إلى الصيد بدون السهم الثاني فيكون الصيد لصاحب السهم الثاني لأنه الآخذ. حتى ولو كان الثاني مجوسياً أو محرماً لا يحل. أما إذا كان السهم الأول في حالة يمكنه الوصول معها إلى الصيد بدون السهم الثاني وقتل الصيد كان الصيد لصاحب السهم الأول لأنه قد سبق في الأخذ وهو كاف بنفسه فإن كان الثاني محرماً أو مجوسياً لا يحل استحساناً (الهندية في الباب الثاني من الصيد ورد المحتار).

المادة (١٢٩٩) - (إذا أرسل صيادان كلبيهما المعلمين وأصابا معاً صيداً فيكون ذلك الصيد مشتركاً كذلك بين صاحبيهما، وإذا أمسك كل واحد منهما صيداً فيكون ما يمسكه كل واحد منهما لصاحبه. وكذلك إذا أرسل إثنان كلبيهما المعلمين فأوقع أحدهما الصيد وقتله الآخر فإذا كان الكلب الأول جعله في حالة لا يمكنه الفرار والتخلص معها فذلك الصيد لصاحبه)

إذا أرسل صيادان كلبيهما المعلمين وأصابا معاً صيداً وأخرجاه معاً من حالة الصيدية فيكون ذلك الصيد مشتركاً مناصفة كذلك بين صاحبي الكلبين المعلمين. والفرق بين هذه الفقرة من هذه المادة وبين المادة الآنفة هو في آلة الصيد فقط.

أما إذا أرسل إثنان كلبيهما معاً فأصاب أحدهما الصيد أولاً وجرحه وأخرجه من حال الصيدية

فيكون الصيد لصاحب الكلب الذي أصاب أولاً. أنظر المادتين (١٢٩٦ و ١٢٩٧)

قيل «جرحاً مثخناً» لأن الإمساك بدون الإثخان لا يخرج الصيد عن حال الصيدية فإذا أرسل أحد بازيه على الصيد فأمسك البازي الصيد وقبل أن يثخنه انقضّ بازي الآخر المرسل من الآخر على ذلك الصيد وقتله كان الصيد لصاحب البازي الثاني (رد المحتار).

وإذا أمسك كل واحد منهما صيداً فيكون ما يمسكه كل واحد منهما لصاحبه. كذلك لو أمسك أحدهما صيداً ولم يمسك الآخر صيداً فالصيد لصاحب الكلب المسك. كذلك لو أرسل أحد كلبه على الصيد فأصابه وأخرجه من الصيدية بإدخاله إلى عرصة أحد أو داره فالصيد لصاحب الكلب (الهندية في الباب الثاني من الصيد) وليس لصاحب العرصة أو الدار أخذ الصيد بالتمسك بأحكام المادة (١٣٠٢).

وكذلك لو أرسل إثنان على الصيد كلبيهما المعلمين فأوقع أحدهما الصيد وقتله الآخر فإذا كان الكلب الأول جعله في حالة لا يمكنه الفرار والتخلص معها كأن يكسر رجليه أو يجرحه جرحاً مثخناً فيخرجه عن حال الصيدية فذلك الصيد لصاحبه. أنظر المادة (١٢٩٦). كذلك لو أرسل أحد كلبه على الصيد ثم أرسل آخر كلبه أيضاً على الصيد وأصاب الكلب الثاني الصيد قبل الكلب الأول وأخرجه عن حال الصيدية فالصيد لصاحب الكلب الثاني.

قيل في هذه الفقرة «في حالة لا يمكنه الفرار والتخلص معها» لأنه لو جرح الكلب الأول الصيد فقط ولم يثخنه ولم يخرجه عن حال الصيدية وجاء الكلب الثاني فجرحه جرحاً مثخناً وأخرجه عن حال الصيدية فالصيد لصاحب الكلب الثاني. وقد فهم من التفصيلات الآنفة أن المادة (١٢٩٦) هي ضابط كلي.

المادة (١٣٠٠) -(لآخر أن يصيد ويتملك السمك الموجود في مجرى وجدول أحد الذي لا يمسك بدون صيد)

لآخر أن يصيد ويتملك السمك الموجود في مجرى وجدول أحد الذي لا يمسك بدون صيد حيث أنه مباح حسب المادة (١٢٤٧) لأن صاحب المجرى والجدول لم يملكه حيث لم يحرزه ولم يخرجه عن حال الصيدية، فلذلك إذا أحرزه آخر فيملكه (الهندية في الباب الثاني). أنظر المادة (١٢٩٦)

أما إذا كان المجرى والجدول في ملك صاحب الجدول فله منع الآخر من دخول الملك. أنظر المادة (٩٦).

المادة (١٣٠١) - (إذا هيأ شخص محلاً في حافة الماء لصيد السمك فجاءه سمك كثير فإذا قلت المياه وأصبح ذلك السمك يمسك بدون حاجة إلى صيده

فيكون السمك لذلك الشخص أما إذا كان السمك محتاجاً للصيد لكثرة المياه فلا يكون السمك المذكور لذلك الشخص ولآخر أن يصيده ويتملكه)

إذا هيأ شخص محلاً في حافة الماء لصيد السمك فجاءه سمك كثير فإذا جفت المياه كلياً أو قلت المياه وأصبح ذلك السمك يمسك بدون حاجة إلى صيد فيكون السمك لذلك الشخص. أنظر المادة (١٢٩٦) فإذا أخذه آخر يضمنه أما إذا لم يهيء ذلك الشخص ذلك المحل لصيد السمك كما أنه لم يقلل الماء بقصد الصيد وبرز السمك فلا يملك ذلك الشخص ذلك السمك وللآخر أن يأخذه ويتملكه. أنظر المادة (١٢٥٠)

أما إذا كان إمساك السمك محتاجاً للصيد لكثرة المياه فلا يكون السمك المذكور لذلك الشخص ولآخر أن يصيده ويتملكه. أنظر المادة (١٢٩٧). (الهندية في الباب الثاني في موضعين)

المادة (١٣٠٢) - (إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه فيصير مالكاً له ولكن لا يملكه بدون إحرازه بإغلاق الباب فلذلك لو أمسكه آخر يملكه)

إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه وكان في حالة يمكن أخذه معها بلا حاجة إلى كلفة كثيرة كنصب شبكة أو رمي رصاص فيصير مالكاً له، ولو كان محتاجاً إلى كلفة جزئية ولكن لا يملكه بدون إحرازه بإغلاق الباب لأجل إمساكه سواء لم يسد الباب مطلقاً أو سده لأمر آخر غير الصيد، فلذلك لو أمسكه آخر فيملكه حيث يشترط أن يكون الإحراز مقروناً بالقصد كما جاء في المادة (١٢٥٠)

فلذلك لو أصاب أحد طيراً في دار آخر فإذا اتفق الصائد وصاحب الدار بأن الطير كان في حال الصيد فالطير للصائد. أنظر المادة (١٢٩٧). سواء صاده من الهواء أم من فوق الشجر وإذا اختلفا بأن قال صاحب الدار إنني صدته قبلك وأنكر الآخر فإذا صاده الصائد من الهواء كان للصائد وإذا أخذه من الدار أو من الشجرة فالصيد لصاحب الدار أو لصاحب الشجرة، وإذا اختلف في أخذه من الهواء أو عن الجدار فالقول قول صاحب الدار (الهندية في الباب الثاني من الصيد ورد المحتار في أوائل الصيد).

المادة (١٣٠٣) - (إذا وضع شخص في محل شيئاً كالشرك والشبكة لأجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص لكن إذا نشر أحد شبكة بقصد تجفيفها في محل فوقع فيها صيد فلا يكون ملكاً له كما أنه لو وقع صيد في حفرة في أراضي أحد فيجوز لآخر أن يتملكه بأخذه لكن إذا حفر صاحب الأرض تلك الحفرة لأجل الصيد فيصير أحق بالصيد من سائر الناس. أنظر المادة (١٢٥٠)

إذا وضع شخص في محل شيئاً مخصوصاً وموضوعاً للاصطياد كالشرك والشبكة لأجل الصيد أو وضع بدون قصد الصيد وقصد الجفاف فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص أي سواء وضع

الشرك والشبكة بقصد الصيد أو بلا قصد فالحكم واحد في ذلك الشبكة إنما توضع للاصطياد ويدعى هذا أخذاً حكمياً ويقابله الأخذ الحقيقي وهو عبارة عن وضع اليد. أنظر شرح المادة (١٢٩٧). فلذلك لو جاء آخر وأخذ الصيد المذكور قبل أن يتخلص من الشبكة فلصاحب الشبكة استرداده لأن سبب الملك انعقد في حق الأول.

كذلك لو أخذ المذكور ذلك الصيد فانطلق من يده وفرّ ثم اصطاده آخر فيجب على الصائد الثاني رده لصاحب الشبكة لأنه ملكه بالأخذ وانطلاقه بمنزلة شرود البعير، أما إذا تخلص الطير من الشبكة وأمسكه آخر أثناء فراره كان له لأن السبب بطل قبل أخذ الثاني.

فلذلك يفهم من هذه التفصيلات أن قيد «للصيد» الواردة في هذه الفقرة ليس قيداً احترازياً لكن إذا نشر أحد شبكته بقصد تجفيفها في محل فوقع فيها صيد فلا يكون ملكاً له لأن وقوع الطير في الشبكة لم يكن أخذاً حقيقياً كما أنه لم يكن أخذاً حكمياً ولا يعد أنه أخذ للصيد بسبب الشرك

الخلاصة: إن في ذلك ثلاث مسائل: ـ

١ ـ أن توضع آلة الاصطياد للصيد.

٢ ـ أن توضع آلة الاصطياد بلا نية أي يكون وضعها للاصطياد أو لمقصد آخر كالتجفيف.

٣ ـ أن توضع لمقصد آخر كالتجفيف.

وقد بينت المسألة الأولى والثالثة في المجلة، أما الثانية وإن لم تذكر في المجلة إلا أن حكمها هو كحكم المسألة الأولى.

الأخذ الحكمي، يحصل بصيد الآلة الموضوعة للاصطياد على الوجه المبين آنفاً أو بنصبها بدون أي نية، ويحصل أيضاً بوضع ونصب آلة غير موضوعة للاصطياد بقصد الاصطياد، أما إذا لم توضع الآلة الغير الموضوعة للاصطياد بقصد الاصطياد فلا يملك الصيد الذي وقع فيها. أنظر شرح المادة (١٢٥٠).

كما أنه لو وقع صيد في حفرة في أراضي أحد حفرها صاحب الأرض فيجوز لآخر أن يتملكه بأخذه هذا إذا لم يكن قريباً بدرجة يمكن أخذه منها بمدّ يده، أما إذا كان قريباً بدرجة يمكن أخذه منها بمد يده فالصيد لصاحب الحفرة ولو لم يكن قد حفر الحفرة للصيد (الهندية في الباب الثاني والحموي وحاشية الأشباه في أوائل الصيد).

لكن إذا حفر صاحب الأرض تلك الحفرة لأجل الصيد فيصير أحق بذلك من سائر الناس. أنظر مادتي «١٢٥٠ و ١٢٤٨».

المادة (١٣٠٤) ـ (إذا عشش حيوان بريّ في بستان أحد وباض فيه فلا يكون ملكاً له فإذا أخذ آخر بيضه أو نتاجه فليس لصاحب البستان استرداده ولكن إذا هيأ صاحب البستان بستانه لأجل أن تبيض وتلد الحيوانات البرية فيه فيكون بيض ونتاج الحيوانات التي جاءت وباضت وأنتجت له)

إذا عشش حيوان بري في بستان أحد أو على أشجاره وباض فيه فلا يكون ملكاً له إذا كان

البيض والحيوان غير قريب بصورة يمكن أخذه بمد اليد لأن الحيوان يغدو ويروح وينقف بيضه ويصير فراخاً وتطير، فلذلك إذا أخذ آخر بيضه أو فراخه فليس لصاحب البستان استرداده، أما إذا كان البيض أو الفراخ قريباً بدرجة يمكن أخذه بمد اليد كان البيض والفراخ لصاحب البستان.

ولكن إذا هيأ صاحب البستان بستانه لأجل أن تبيض وتلد الحيواناتِ البرية فيكون بيض ونتاج الحيوانات التي جاءت وباضت وأنتجت له على الإطلاق أي سواء كان قريباً بصورة يمكن أخذه بمد اليد أو لم يكن. أنظر المادة (١٢٥٠). (الهندية في الباب الثاني من الصيد).

المادة (١٣٠٥) ـ (عسل النحل الذي اتخذ مكاناً في بستان أحد هو ملك له باعتباره من منافع البستان، فلا يجوز لأحد أن يتعرض له لكن يلزمه إعطاء عشره لبيت المال)

عسل النحل الذي اتخذ مكاناً في بستان أحد هو ملك له باعتباره من منافع البستان كالوحل المذكور في المادة (١٢٤٠) ولو أن صاحب البستان لم يعدّ ويهيّئ ذلك المكان لتعشيش النحل وإيجاده العسل، فلذلك ليس لآخر أن يتعرض له ويأخذه. أنظر المادة (٩٧). وعليه فلو أخذه آخر فلصاحب البستان استرداده. أنظر المادة(٨٩٠) وهذا العسل لا يقاس على البيض والنتاج الوارد ذكرهما في المادة الآنفة لأن العسل ليس بصيد فلا يجوز لأحد أن يتعرض له لكن يلزمه إعطاء عشره لبيت المال إذا كان حاصلاً في الأراضي العشرية ولو كان ولو كان العسل قليلاً. أما العسل الحاصل في الأراضي الخراجية فليس عليه عشر أو خراج.

وإن كان العسل هو لصاحب البستان كما ذكر في المجلة أما النحل فلايكونْ مالاً له ولآخر أخذه (الهندية قبيل الباب الثالث من الصيد والشرنبلالي في باب العشر).

وفقرة «إعطاء العشر لبيت المال» لم تكن من مسائل هذا الكتاب. والمسائل المتعلقة بذلك مذكورة في الكتب الفقهية في باب العشر والخراج، والفقر الأخرى من هذه المادة هي عين المادة (٩٠٤).

المادة (١٣٠٦) ـ (النحل المجتمع في خلية أحد يعد مالاً محرزاً وعسله أيضاً مال ذلك الشخص)

وليس من قبيل النحل المذكور في شرح المادة الآنفة كما أن عسله مال ذلك الشخص (الهندية قبيل الباب الثالث من الصيد). لأن هذا العسل منافع ملك ذلك الشخص وحاصلات ملكه.

المادة (١٣٠٧) ـ (إذا طلع طرد النحل من خلية أحد إلى دار آخر وأخذه صاحب الدار فلصاحب الخلية استرداده)

إذا طلع طرد النحل أي ولد النحل من خلية أحد إلى دار أحد وأخذه صاحب الدار فلصاحب الخلية استرداده إذ أن ولد النحل هو لصاحب النحل. أنظر المادة (٨٩٠). (الأنقروي في اللقطة).

الباب الخامس
في بيان النفقات المشتركة

(ويحتوي على فصلين)

ومعنى النفقات المشتركة نفقات الأموال المشتركة فقد حذف المضاف في العبارة

الفصل الأول

(في بيان تعمير الأموال المشتركة وبعض مصروفاتها الأخرى)

المادة (١٣٠٨) - (إذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالاشتراك بنسبة حصصهم)

إذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فيعمره أصحابه بالاشتراك بنسبة حصصهم سواء كان الملك مشتركاً بين أكثر من مالك واحد أو مشتركاً بين مالك ووقف أو كان قابلاً للقسمة كالدار الكبيرة أو غير قابل للقسمة كالحمام والبئر فإذا كان الوقف شريكاً في الملك فيدفع متولي الوقف حصة الوقف في المصرف بنسبة حصته.

والملك هنا أعم من ملك الرقبة وملك المنفعة. أنظر شرح المادة (١١٩٧).

الخلاصة: إن نفقات الأموال المشتركة تعود على الشركاء بنسبة حصصهم في تلك الأموال حيث إن الغرم بالغنم كما جاء في المادة ٣٨. ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية: -

١ - يقتضي الإنفاق مشتركاً على تعمير الدار والحمام وبناء الحائط وتشييد السطح وكري النهر والحيوان وإصلاح القناة المشتركات.

٢ - إذا اشترى إثنان بالاشتراك شيئاً من المكيلات والموزونات فتلزمها المصاريف الكيلية والوزنية بنسبة حصصهما في المال المشترك.

٣ - إذا كان نصف ماء البركة لزيد وثلثها لعمرو وسدسها لبكر وتلف مجرى الماء الذي يسيل إلى تلك البركة واحتاجت التعمير فيدفع الشركاء نفقات التعمير بنسبة حصصهم أي يدفع صاحب النصف نصف المصرف وصاحب الثلث ثلث المصرف وصاحب السدس سدس المصرف (التنقيح)

٤ ـ إذا كان مال وقف مشتركاً بين وقف وبين أحد فتدفع نفقات تعميره من الوقف ومن المالك. وذلك لو كانت بالوعة مشتركة بين مسجد وجماعة معلومة محتاجة للترميم وكان في ترميمها منفعة للمسجد فتدفع نفقات ترميمها من وقف المسجد ومن تلك الجماعة (الخيرية).

وهذه المادة هي ضابط عمومي وتتفرع مواد هذا الفصل وأكثر مواد الفصل الآتي عنها: ـ

فإذا اتفق جميع أصحاب الحصص على التعمير على هذا الوجه فبها والمادة (١٣٠٩) الآتية الذكر من قبيل الموافقة وإذا لم يوافقوا على التعمير تجري المعاملة على الأصول الثلاثة الآتية: ـ

الأصل الأول ـ إذا لم يكن الشريك مضطراً لتعمير الملك المشترك مع شريكه أو لإنشائه مجدداً وكان ممكناً إنشاء وتعمير حصته فقط فإذا عمر وأنشأ للشركة فيه بدون إذن وأمر شريكه كان متبرعاً سواء استأذن من شريكه ورفض الشريك بقوله: لا أعمر ولا أرضى أن تعمر لي، أو لم يستأذن منه. أنظر المادة (١٥٠٨)

وعدم الاضطرار هو بإمكان تعميره وإنشائه حصته فقط وهذا يكون في الأموال القابلة للقسمة، وذلك:

١ ـ لا اضطرار في تعمير القابل للقسمة المذكورة في المادة (١٣١٢) يعني أن المعمر غير مضطر لتعمير هذا المال المشترك اذ أن له أن يراجع القاضي وأن يقسمها قضاء وله بعد ذلك أن يعمر حصته فقط.

٢ ـ إذا كان حائط مشتركاً بين إثنين وكان عليه أحمال لهما فوهن الحائط وخشي سقوطه فهدمه أحد الشريكين من نفسه وأنشأه مجدداً فإذا كانت أرض ذلك الحائط في حال لو قسمت لأمكن إنشاء حائط لكل منهما يتحمل أحماله فلا يوجد اضطرار في إنشاء هذا الحائط، وعلى ذلك فالشريك الذي ينشئه بلا أمر للشركة يكون متبرعاً وليس له منع شريكه من الانتفاع بالحائط المجدد لأن للشريك الباني مجدداً أن يراجع القاضي ويقسم أرض الحائط قضاء وأن ينشئ بعد ذلك حائطاً خاصاً به في حصته (الخانية).

٣ ـ إذا انهدمت الدار المشتركة وكانت عرصتها قابلة للتقسيم فلا يوجد اضطرار لانشاء تلك الدار ففي هذه الصورة لو أنشأ أحد الشركاء من نفسه داراً مجدداً للشركة يكون تبرعاً. وعدم الاضطرار في ذلك هو لأنه يمكن للشريك الباني أن يقتسم الدار بمراجعة القاضي وأن ينشئ في حصته داراً خاصة به (أبو السعود).

٤ ـ إذا انهدم الملك المشترك الغير القابل للقسمة كالطاحون أو الحمام وأصبح عرصة وكانت عرصته قابلة للتقسيم فلا اضطرار في إنشائه مجدداً فلذلك لو أنشأه أحد الشركاء من نفسه للشركة كان متبرعاً.

وفي الخلاصة: طاحون وحمام مشترك انهدم وأبى الشريك العمارة يجبر هذا إذا بقي منه شيء

أما إذا انهدم الكل وصار صحراء لا يجبر، وإن كان الشريك معسراً يقال له أنفق ويكون ديناً على الشريك (الطحطاوي قبيل الوقف).

الأصل الثاني ـ إذا كان الشريك في ملك مشترك مضطراً لتعمير الملك المشترك أو إنشائه مجدداً وكان شريكه مجبوراً للعمل معه أي إذا راجع الشريك المذكور القاضي فالقاضي مقتدر على إجبار الشريك الآخر على العمل ويحل للقاضي إجباره ففي هذا الحال إذا صرف الشريك بإذن شريكه على التعمير أو على الإنشاء مجدداً أو بإذن القاضي فله الرجوع على شريكه بحصته من المصرف (الطحطاوي قبيل الوقف).

أما إذا صرف من نفسه أي بدون إذن من شريكه أو إذن من القاضي يكون متبرعاً لأن للشريك الراغب في الإنفاق والمصرف أن يرفع الأمر إلى القاضي وأن يجبر القاضي الشريك الممتنع على الإنفاق.

الخلاصة: إن عدم الرجوع في المضطر موقوف على الجبر فإذا كان يجبر فلا رجوع بدون أمر المشارك وبدون إذن القاضي. والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه لا فيما يجبر فينبغي أن يدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه وفاقاً وخلافاً وقوة وضعفاً ففيما لا يجبر شريكه وفاقاً يرجع وفاقاً وفيما يفتى بالجبر ينبغي أن يفتى بالتبرع (الطحطاوي في أوائل الوقف).

جواز الجبر: بعض المسائل التي يجوز للقاضي فيها جبر الممتنع هي:

(١) الوصي (٢) ناظر الوقف أي المتولي (٣) الزرع (٤) القن (٥) الدابة (٦) الدولاب (٧) البئر (٨) كري النهر (٩) مرمة القناة (١٠) مرمة السفينة المعينة، وتوضح هذه على الوجه الآتي:

أولاً ـ جبر الوصي.
ثانياً ـ جبر الناظر وسيوضح ذلك في المادة (١٣٢٠).

ثالثاً ـ الجبر على الإنفاق على الزرع المشترك وهو إذا كان زرع مشتركاً بين اثنين وامتنع أحدهما عن الإنفاق عليه كسقيه مثلاً فللقاضي جبر الممتنع على قول وعلى هذا القول إذا صرف أحد الشريكين من نفسه فيكون متبرعاً.

رابعاً ـ الجبر على الإنفاق على القن، وذلك إذا كان قن مشتركاً بين اثنين وامتنع أحدهما عن الإنفاق عليه فإذا راجع الشريك القاضي فيجبر القاضي الشريك الممتنع عن الإنفاق وفي هذا الحال إذا أنفق أحد الشريكين على القن من نفسه يكون لأنه متبرعاً لأنه مهما كان الشريك المنفق مضطراً للإنفاق فله أن يجبر الممتنع على الإنفاق بواسطة القاضي ولذلك فما يصرفه بدون إذن شريكه أو إذن القاضي يكون متبرعاً «صرة الفتاوى في الشركة».

خامساً ـ الإجبار على الإنفاق على الدابة المشتركة وهو مذكور في المادة (١٣٢٠).

سادساً ـ الإجبار على الإنفاق على الدولاب، وإذا كان دولاب لإخراج الماء مشتركاً بين إثنين

وكان محتاجاً للتعمير وأراد أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فيجبر الشريك الممتنع على التعمير (صرة الفتاوي في الشركة).

وقوله ودولاب كساقية وشيرجة ومعصرة (الطحطاوي قبيل الوقف).

سابعاً ـ الإجبار على الإنفاق على البئر المشتركة أي إذا كانت البئر المشتركة محتاجة للتطهير والترميم وطلب أحد الشريكين تطهيرها وترميمها وامتنع الآخر عن ذلك فيجبر الممتنع على الاشتراك في التطهير والترميم وفي هذا الحال إذا أنفق الشريك على التطهير والترميم بلا أمر المشارك وبدون إذن القاضي يكون متبرعاً وإذا أجبر لم يكن الآخر مضطراً «التنقيح قبيل الوصايا».

ثامناً ـ كري النهر .

تاسعاً ـ مرمة القناة .

عاشراً ـ مرمة السفينة المعينة (الدر المختار قبيل الوقف) .

الأصل الثالث ـ إذا كان أحد الشريكين مضطراً إلى تعمير الملك المشترك وعلى الإنفاق عليه ولكن لم يكن شريكه مجبوراً على العمل معه أي إذا راجع الشريك الراغب في التعمير القاضي فليس للقاضي إجبار الشريك الممتنع على التعمير فإذا صرف الشريك بإذن شريكه أو بإذن القاضي فله الرجوع بما صرفه وإذا صرف بدون إذنيهما فيرجع بقيمة تعميره .

الخلاصة: إن الرجوع في المضطر متوقف على عدم الجبر فإذا لم يجبر فله الرجوع بما صرفه ولو كان الصرف بلا أمر المشارك أو بدون إذن القاضي .

والمسائل التي لا يجوز فيها الجبر هي كما يأتي حسب ما بين صاحب البحر (١) تعمير وإنشاء الأموال الغير القابلة للتقسيم كالحمام والطاحون (٢) بناء السفل (٣) الحائط المتهدم في العرصة الغير القابلة للقسمة (٤) إنشاء الطاحون والحمام المنهدمين اللذين لا تقبل عرصتهما القسمة. ولنوضح ذلك .

أولاً ـ لا يجوز الإجبار على تعمير الحمام والطاحون وسيوضح ذلك بالمادة (١٣١٣)

ثانياً ـ لا يجوز الإجبار على بناء السفل، وقد بينت هذه المسألة في المادة (١٣١٥) .

ثالثاً ـ لا يجوز الإجبار على إنشاء الحائط المتهدم في العرصة الغير القابلة للقسمة. أنظر المادة (١٣١٦) .

رابعاً ـ لا يجوز الإجبار على إنشاء الطاحون والحمام المنهدمين اللذين لا تقبل عرصتهما القسمة وسيبين في المادة (١٣١٤) (رد المحتار قبيل الوقف).

المادة (١٣٠٩) ـ (إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك بإذن الآخر

وصرف من ماله قدراً معروفاً فله الرجوع على شريكه بحصته أي أنه يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف)

إذا عمر أحد الشريكين الملك المشترك ففي ذلك احتمالات أربعة:

الاحتمال الأول ـ أن يكون المعمر صرف بإذن وأمر الشريك الآخر من ماله قدراً معروفاً وعمر الملك المشترك للشركة أو أنشأه مجدداً فيكون قسم من التعميرات الواقعة أو البناء ملكاً للشريك الآمر ولو لم يشترط الشريك الآمر الرجوع على نفسه بالمصرف بقوله: إصرف وأنا أدفع لك حصتي من المصرف. وللشريك المأمور الذي عمر الرجوع على شريكه بحصته أي بقدر ما أصاب حصته من المصرف بقدر المعروف يعني إذا كان الملك مناصفة فليأخذ منه نصف المصرف وإذا كان مشتركاً بوجه آخر فيأخذ المصرف على تلك النسبة. أنظر المادة (١٥٠٨) سواء كان هذا الملك قابلاً للقسمة أو غير قابل لها إذ لا فرق في ذلك (جامع الفصولين).

مثال للقابل للقسمة: لو كانت دار كبيرة مشتركة بين اثنين وكانت محتاجة للتعمير فقال أحد الشريكين للآخر: عمرها من مالك فعمر الشريك فله أن يأخذ من الشريك الآخر ما يصيب حصته من نفقات التعمير.

مثال للغير القابل للقسمة: لو كانت سفينة مشتركة بين اثنين وكانت محتاجة للتعمير فقال أحد الشريكين للآخر: عمرها من مالك فعمرها من ماله فله أن يأخذ من شريكه نصف ما صرفه (علي أفندي) وليس للشريك المعمر أن يقول للشريك الآمر: إنني أمنعك من التصرف بالسفينة أو البناء حتى تدفع لي حصتك في المصرف كما أن له ذلك كما جاء في المادة (١٣١٥).

إذا اختلف الآمر والمأمور في مقدار المصرف ينظر: فإذا صرف المأمور من ماله وأراد الرجوع به فيجب عليه أن يثبت مقدار ما صرفه بالبينة لأنه في هذه الصورة يدعى المأمور ديناً من الآمر والآمر ينكر ذلك فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر وإذا أعطى الآمر للمأمور نقوداً للصرف قبل الصرف وأذن المأمور بالصرف والإنفاق منها فالقول مع اليمين للمأمور لأنه في هذه الصورة قد أخذ المأمور النقود قبل الصرف فكان أميناً والقول مع اليمين للأمين لدفع الضمان عنه أنظر المادة (١٧٧٤). (الخيرية)

قيل «القدر المعروف» فلذلك إذا صرف المأمور أكثر من القدر المعروف فله أيضاً الرجوع بالقدر المعروف، أما ما يزيد عن القدر المعروف فستعطى عنه تفصيلات في شرح المادة (١٥٠٨).

الاحتمال الثاني ـ إذا عمر أحد الشريكين المال المشترك للشركة بدون إذن الشريك كان متبرعاً كما سيبين في المادة (١٣١١).

الاحتمال الثالث - إذا عمّر أحد الشريكين المال المشترك بإذن الشريك الآخر أي أن تكون التعميرات الواقعة للمعمّر وملكاً له فتكون التعميرات المذكورة ملكاً للمعمر ويكون الشريك الآخر قد أعار حصته لشريكه. أنظر المادة (٨٣١) وشرح المادة (٩٠٦)

الاحتمال الرابع - إذا عمّر أحد الشريكين المال المشترك بدون إذن شريكه على أن يكون ما عمره لنفسه فتكون التعميرات المذكورة ملكاً له وللشريك الذي بنى وأنشأ أن يرفع ما عمره من المرّمة الغير المستهلكة. أنظر شرح المادة (٥٢٩) ما لم يكن رفعها مضراً بالأرض ففي هذا الحال يمنع من رفعها.

المادة (١٣١٠) - (إذا غاب أحد صاحبي الملك المشترك المحتاج للتعمير وأراد الآخر التعمير فيأخذ الإذن من القاضي ويقوم إذن القاضي مقام إذن الشريك الغائب، يعني إذا عمّر الشريك الحاضر ذلك الملك المشترك بإذن القاضي فيكون في حكم أخذه الإذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من المصرف)

إذا غاب أحد صاحبي الملك المشترك المحتاج للتعمير وأراد الآخر التعمير ففي ذلك صورتان:

الصورة الأولى - أن يأخذ الإذن من القاضي فإذا روجع القاضي في ذلك فيرسل رجلاً أميناً ويكشف ويعاين الملك كما هو مذكور في المادة (١٣١٩) فإذا علم بأنه إذا لم يعمر الملك يكون في ذلك ضرر على الغائب فيأذن القاضي الشريك الطالب للتعمير بالتعمير. أنظر المادة (٥٨)

ويقوم إذن القاضي مقام إذن الشريك الغائب، يعني إذا عمّر الشريك الحاضر ذلك الملك المشترك بإذن القاضي فيكون في حكم أخذه الإذن من الشريك الغائب فيرجع عليه بحصته من المصرف (الخلاصة في الفصل الثاني من الحيطان والتنقيح). وفي هذا الحال للقاضي أن يعطي إذناً للشريك الحاضر بالتعمير لأنه لما كان الشريك الآخر غائباً فلا يمكن طلب القسمة كما لا يمكن طلب البناء. أنظر المادة (١١٢٨)

ويفهم من هذه الإيضاحات أن حكم هذه المادة مطلق أي سواء كان الملك المشترك قابلاً للقسمة أو غير قابل لها (في كتاب الحيطان بزيادة).

الخلاصة: إما أن يكون جميع الشركاء في الملك المشترك حاضرين أو يكون بعضهم حاضراً وبعضهم غائباً، وقد بين في هذه المادة حكم الصورة الثانية. أما في الصورة الأولى فإما أن يكون الملك المذكور قابلاً للقسمة أو غير قابل لها وقد ذكر حكم القسم الأول في المادة (١٣١٢) وحكم القسم الثاني في المادة (١٣١٣).

الصورة الثانية ـ أن لا يأخذ إذناً من القاضي فإذا عمّر الشريك حسب هذه المادة بدون إذن القاضي فإذا كان التعمير للشركة ينظر: فإذا كان الملك قابلاً للقسمة فلا ينظر إلى مقدار ما صرفه ويستوفي المقدار الذي يصيب حصة شريكه باعتبار قيمته وقت التعمير كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (١٣١٣).

مثلاً، لو كان حائط مشتركاً بين اثنين فانهدم وكانت العرصة غير قابلة للقسمة فبنى الشريك الحاضر في غياب شريكه الآخر الحائط المذكور بمواده ولوازمه فليس للشريك الغائب عند حضوره الإنتفاع بالحائط المذكور ما لم يدفع نصف قيمة ذلك الحائط لشريكه، أما إذا أنشأه الشريك بأنقاض الحائط الأول كان متبرعاً وليس له منع شريكه من الإنتفاع بالحائط.

المادة (١٣١١) ـ (إذا عمر أحد الملك المشترك من نفسه أي بدون إذن من شريكه أو القاضي يكون متبرعاً أي ليس له أن يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف سواء كان ذلك الملك قابلاً للقسمة أو لم يكن)

إذا عمر أحد الملك المشترك من نفسه أي بدون أخذ إذن من شريكه أو القاضي على الوجه المبين في المواد (١٣١٠ و ١٣١٣ و ١٣١٥) يكون متبرعاً أي ليس للشريك المعمر أن يأخذ من شريكه مقدار ما أصاب حصته من المصرف سواء كان ذلك الملك المشترك قابلاً للقسمة أو لم يكن

ويبين في هذه المادة مسألتان: ـ

المسألة الأولى ـ إذا عمر أحد من نفسه الملك المشترك القابل للقسمة أي بدون إذن من شريكه أو من القاضي يكون متبرعاً أي ليس له أن يأخذ من شريكه ما يصيب حصته من مصرف البناء لأن له أن يراجع القاضي وأن يقسم الملك المشترك جبراً وأن يعمر ما يشاء في حصته. أنظر الفصل الأول في شرح المادة (١٣٠٨). (رد المحتار)

أما إذا استأذن من شريكه فأذنه وأمره الشريك بالتعمير فله الرجوع على شريكه الآمر كما ذكر في المادة (١٣٠٩) ويكون معنى عبارة «من نفسه» الواردة في المجلة في هذه المسألة أن يعمر الملك المشترك بدون إذن شريكه وعليه فيكون ذلك فيما لو لم يراجع شريكه مطلقاً أو راجعه ولم يرض شريكه بالتعمير أي لم يأذنه بالتعمير ويكون في الحالتين متبرعاً.

أما إذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة فلا يمكن الشريك الحاضر أن يراجع القاضي لتعمير الملك المشترك وأخذ الإذن منه أي ليس للقاضي أن يأذنه وإذا أذنه فلا يعتبر إذنه لأنه كما ليس للقاضي في هذه المسألة أن يجبر الممتنع على التعمير فليس له أن يأمر شريكه بالتعمير لأن الإذن بالتصرف في ملك الغير باطل. أنظر المادة (٩٥).

المسألة الثانية ـ إذا عمر أحد من نفسه أي بدون إذن شريكه وبدون إذن القاضي الملك

المشترك الغير القابل للقسمة كان متبرعاً: ولفهم هذه المسألة يجب بيان التفصيلات الآتية:

وهي: أنه يوجد قولان في إجبار وعدم إجبار الشريك الممتنع عن تعمير الملك المشترك الغير القابل للقسمة:

القول الأول ـ جواز الإجبار على التعمير وذلك لو كان حمام مشتركاً بين اثنين وكان محتاجاً للتعمير وطلب أحد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فالقاضي يجبر الممتنع على التعمير لدى مراجعته وقد ذكر هذا القول في الدر المختار بالعبارة الآتية: (طاحونة مشتركة قال أحدهما لصاحبه نعمرها فقال هذه العمارة تكفيني لا أرضى بعمارتك فعمرها لم يرجع) لأن شريكه يجبر على أن يفعل معه وعلى هذا القول فالشريك الذي يريد تعمير الملك المشترك الغير القابل للقسمة إذا كان مضطراً للتعمير فالقاضي يجبر شريكه الممتنع على التعمير لدى مراجعة ذلك الشريك وكان على الشريك الطالب للتعمير مراجعة القاضي لإجبار شريكه، فما دام أنه لم يراجع القاضي وعمر من نفسه أصبح متبرعاً. أنظر الأصل الثاني الوارد في شرح المادة (١٣٠٨)

وقول المجلة في هذه المادة «أو لم يكن» مبنيّ على هذا القول.

القول الثاني ـ عدم جواز الإجبار على التعمير لأنه لا يجبر الإنسان على إصلاح ملكه وذلك لو كانت طاحونة مشتركة بين اثنين واحتاجت للتعمير فرغب أحد الشريكين في تعميرها وامتنع الآخر عن التعمير فلا يجبره القاضي. أنظر المادة (٢٥) وقد ذكر صاحب البحر في مبحث مسائل شتى القضاء هذا القول وعزاه إلى أكثر الكتب الفقهية بالعبارة الآتية: (فلا إجبار على الآبي لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه سواء كان داراً أو حماماً أو حائطاً) فعلى هذا القول لو كان صاحب الملك المشترك الغير القابل للقسمة راغباً في التعمير ومضطراً له فلا فائدة من مراجعة القاضي لأن القاضي لا يجبر الممتنع على التعمير فلذلك إذا عمر بدون أمر شريكه أو إذن القاضي فلا يكون متبرعاً وله أخذ قيمته كما بين في المادة (١٣٠٨).

ويفهم من التفصيلات الآنفة أن المادة (١٣١٣) من المجلة هي مبنية على هذا القول فعلى ذلك تكون هذه المادة من المجلة مبنية على القول الأول والمادة (١٣١٣) مبنية على القول الثاني فيكون قد حصل منافاة بحسب الظاهر بين هاتين المادتين وذلك أن الشريك الذي يعمر من نفسه أي بدون إذن شريكه أو إذن القاضي المال المشترك الغير القابل للقسمة كالحمام يكون متبرعاً حسب هذه المادة وله أخذ قيمة ما عمره حسب المادة (١٣١٣) فلذلك يجب إيجاد طريق لحل المنافاة بين هاتين المادتين.

دفع المنافاة: يرد إلى الخاطر جوابان لدفع المنافاة إلا أنه يرد عليهما بعض الأسئلة:

الجواب الأول ـ يراجع الشريك الراغب في تعمير الملك المشترك الغير القابل للقسمة شريكه أي يقول لشريكه: فلنعمر. فإذا امتنع شريكه عن إجابة طلبه ثم عمر الشريك فله الرجوع بالقيمة. وهذا ما ذكر في المادة (١٣١٣) أما إذا عمر الشريك من نفسه بدون أن يراجع الشريك

الآخر ويحصل منه امتناع عن التعمير فيكون متبرعاً وهذا هو المبين في هذه المادة ويدل على ذلك عدم ذكر الامتناع في هذه المادة وبالعكس ذكره في المادة (١٣١٣) كما أن قول أبي السعود في حاشية الكنز في مبحث باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز «الظاهر أن الرجوع عليه وإن لم يأمره القاضي بالبناء محمول على ما إذا طالبه ببناء السفل وامتنع» مما يؤيد ذلك. وكذلك قول رد المحتار قبيل كتاب الوقف «والظاهر أن فيه قولين على ما يظهر مما تقدم ولو رمّه المؤجر بنفسه تأتي فيه ما مر من تفصيل المطالبة وتركها والحضور والغيبة وأمر القاضي وعدمه الخ» مما يؤيد أيضاً هذا الجواب

الخلاصة: إن المجلة قد اختارت القول الثاني في المادة (١٣١١) وفي المادة (١٣١٣) أيضاً وحسب القول المذكور إذا راجع مريد التعمير شريكه وامتنع الشريك عن التعمير ثم عمر بعد ذلك فله حق المراجعة بالقيمة وإذا عمر بدون أن يراجعه بتاتاً فيثبت حكم التبرع أي أن القول الثاني مقيد بالمطالبة والامتناع.

السؤال الوارد - يظهر من المسألة المذكورة في آخر شرح المادة (١٣١٠) نقلاً عن الخانية أن الشريك الحاضر المعمر لم يراجع الشريك الغائب ولذلك لم يقع امتناع من الشريك الغائب ومع ذلك فله حق المراجعة والمسائل المذكورة قبيل الوصاية في فتاوى ابن نجيم والتنقيح مؤيدة للمسائل المذكورة في الخانية. وقد ورد في مبحث المزارعة في التتارخانية هذه العبارة (لأنه مضطر في عمارته إذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بعمارة نصيبها فالمضطر يرجع كمعير الرهن ولا يكون متبرعاً كعمارة الدار والسفينة) إذ أن معير الرهن إذا أدى دين المستعير واستخلص ماله من المرتهن يرجع على الراهن المستعير ولا تحتاج هذه المراجعة لسبق أمر من الراهن بقوله: أدِّ ديني كما فصل في شرح المادة (٧٣٢).

وذكر لفظ الإمتناع في المادة (١٣١٣) لا يدل على صواب هذا الجواب لأنه يوجد كتب فقهية قد بينت أنه يوجد حق المراجعة بالقيمة ولو لم يذكر لفظ الامتناع إذ ورد في الدر المختار (طاحونة مشتركة أنفق أحدهما في عمارتها فليس بالمتطوع) ومثله في فتاوى الفضلية والخيرية على ما نقله صاحب رد المحتار والعيني (شرح الهداية في مسائل شتى في القضاء وفي الأشباه والأمانة).

الجواب الثاني - إن المجلة قد ذكرت هنا أنه يكون متبرعاً في مصرفه أي ليس له أن يأخذ تمام ما يصيب حصة شريكه فيما صرفه أما في المادة (١٣١٣) فقد ذكرت أنه يأخذ قيمته يعني لو عمّر الشريك الحمام المشترك بصرف ثمانين ديناراً بدون إذن شريكه أو أمر القاضي فيكون متبرعاً فيما أنفقه حسب هذه المادة يعني ليس له أن يأخذ الأربعين ديناراً نصف الثمانين ديناراً أما إذا كانت قيمة هذا التعمير خمسين ديناراً فلا يكون حسب المادة (١٣١٣) متبرعاً بالقيمة بل يكون له أخذ الخمسة والعشرين ديناراً نصف الخمسين ديناراً من شريكه.

السؤال الوارد - يوجد في هذا الجواب نوعاً ركاكة:

١ - يوجب هذا الجواب إعطاء معنيين لعبارة «يكون متبرعاً» الواردة في هذه المادة وذلك أن

يكون في المال القابل للقسمة متبرعاً بالمصرف والقيمة معاً وفي المال الغير القابل للقسمة متبرعاً بالمصرف وغير متبرع بالقيمة.

٢ ـ يكون المصرف أحياناً مساوياً للقيمة وأحياناً أزيد أو أنقص منها فإذا كان مساوياً للقيمة أو أنقص منها فلا يوجد تبرع مطلقاً كما أنه إذا كان أزيد من القيمة ففيه تبرع بقسم منها أي بما هو أزيد من القيمة أما في مقدار القيمة فلا يوجد تبرع .

بما أن الجواب الأول عار عن ركاكة مثل هذه فهو مرجح على هذا الجواب .

ويفهم من ذكر التعمير بصورة مطلقة أن الحكم متساو سواء عمّر الشريك بالذات أو أمر آخر فعمره، فلذلك لو كانت طاحونة مشتركة بين اثنين فأجراها لشخصين وصرف أحد المستأجرين على تعمير الطاحون بإذن من مؤجره فليس للمستأجر أن يرجع بما صرفه على المالك الذي لم يأذنه بالصرف بل له أن يرجع على المالك الذي أمره (الهداية في ثلاث وعشرين باباً من الأجارة) .

ولكن هل يرجع المستأجر في هذهِ الصورة على آمره المؤجر بكل المصرف أو بالحصة العائدة على الشريك الآمر؟ إذا أمر الشريك المستأجر بالصرف بعد مراجعته لشريكه بطلب التعمير وامتناعه عنه فيرجع المستأجر بكل المصرف على الآمر، والآمر يرجع على شريكه بحصته من المصرف[1] .

أما إذا أمر الشريك المستأجر بالصرف قبل أن يراجع شريكه بالتعمير وقبل امتناعه عن التعمير فللمستأجر أن يرجع على الشريك الآمر بحصته فقط ويكون متبرعاً بما زاد عن حصته. أنظر المادة (٩٥). (رد المحتار قبيل كتاب الوقف).

إن هذه الإيضاحات هي مبنية على القول الثاني الذي بين آنفاً أما على القول الأول فللمستأجر أن يرجع على المؤجر الآمر بحصته من المصرف وليس للمؤجر الآمر الرجوع على شريكه بشيء.

وتعبير «تعمير» الوارد في هذه المادة ليس احترازياً فالحكم على المنوال المذكور في الإنشاء مجدداً أيضاً وذلك لو انهدمت دار مشتركة فإذا بناها أحد الشريكين للشركة بلا إذن الشريك يكون متبرعاً وليس له الرجوع على الشريك حيث لم يكن مضطراً إلى ذلك كما ذكر في المادة (١٣١٥) لاستطاعته تقسيم العرصة وإنشاء البناء في قَسمته ما لم تكن العرصة صغيرة ولا ينتفع بها بعد القسمة ففي تلك الحال إذا راجع شريكه وامتنع ثم بنى فله الرجوع بالقيمة .

المادة (١٣١٢) ـ (إذا طلب أحد تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعاً وعمره من نفسه يكون متبرعاً أي لا يسوغ له الرجوع على شريكه

(١) لصحة الأمر إذ أمر فيما له فعله فكأنه رمّ بنفسه

بحصته وإذا راجع ذلك الشخص القاضي بناء على امتناع شريكه على هذا الوجه فلا يجبر على التعمير بناء على المادة ٢٥ ولكن يسوغ أن تقسم جبراً ويفعل ذلك الشخص بعد القسمة في حصته ما يشاء)

إذا طلب أحد تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعاً عن التعمير أي لم يأمر ويأذن بالتعمير وعمره من نفسه بدون أن يستأذن من شريكه مطلقاً أو استأذن منه ولم يأذنه يكون متبرعاً أي لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته أي ليس له أن يأخذ مصارف التعمير أو أن يأخذ قيمة البناء وقت التعمير. أنظر الأصل الأول الوارد في شرح المادة (١٣٠٨) (الدر المختار)

وهذه الفقرة من هذه المادة مستدركة بالمادة الآنفة.

وإذا راجع ذلك الشخص القاضي بناء على امتناع شريكه على هذا الوجه فلا يجبر الشريك على التعمير بناء على المادة (٢٥) يعني أن ترك المشترك المحتاج للتعمير على حاله موجب لخرابه والحرمان من الإنتفاع به على الوجه الكامل فترك التعمير ضرر للشريك الراغب في التعمير كما أن إجبار الشريك الآخر على صرف نقوده بالإعمار خلاف رضائه ضرر أيضاً للشريك الممتنع فلا يزال الضرر بمثله فلذلك لا يجبر الشريك الممتنع على التعمير. والدليل الآخر على عدم جواز الإجبار هو عدم جواز إجبار الإنسان على إصلاح ملكه (البحر في مسائل شتى في القضاء).

مستثنى - إن حكم المادة (١٣١٩) هو مستثنى من حكم هذه الفقرة، ووجه الإستثناء قد ذكر في شرح المادة المذكورة (رد المحتار).

ولكن يسوغ أن يقسم جبراً إذا طلب ذلك الشخص القسمة أو طلبها الشريك الآخر. أنظر المادة (١١٣٩).

ويفعل ذلك الشخص بعد القسمة في حصته ما يشاء. أنظر المادة (١١٦٢). (الحموي في كتاب القسمة).

المادة (١٣١٣) - (إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام إلى العمارة وطلب أحد صاحبيه تعميره وامتنع شريكه فله أن يصرف قدراً معروفاً من المال ويعمره بإذن القاضي ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من مصاريف التعمير ديناً عليه وله أن يؤجر ذلك الملك المشترك ويستوفي دينه هذا من أجرته وإذا عمر من غير إذن القاضي فلا ينظر إلى مقدار ما صرف ولكن له أن يستوفي المقدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح)

إذا احتاج الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة كالطاحون والحمام والقناة إلى العمارة كأن يخرب حوض ماء الحمام أو تفقد طاساته وطلب أحد صاحبيه تعميره وإكمال وإصلاح نواقصه وامتنع شريكه فلا يجبر الممتنع على التعمير بأمور كالشرب والحبس لأنه لا يجبر أحد على إصلاح ملكه كما أنه لا يزال ضرر بمثله بل لطالب التعمير أن يصرف قدراً معروفاً من المال ويعمر بإذن القاضي ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من مصارف التعمير ديناً له عليه. مثلاً إذا كان ثلثا الحمام ملكاً للشريك الممتنع وثلثه للشريك المعمر فيكون ثلثا مصاريف التعمير ديناً للمعمر على الشريك الممتنع.

قيل هنا «قدراً معروفاً» فإذا كان القدر المعروف لتلك التعميرات ألف درهم مثلاً وصرف الشريك ألفي درهم بإذن القاضي فله أن يأخذ ما يخص شريكه من الألف الدرهم القدر المعروف ولكن هل له أن يأخذ مايزيد عن ذلك؟ بما أنه لا صلاحية للقاضي أن يأذن بالصرف بأزيد من القدر المعروف كما ورد في المادة (١٥٨) فالظاهر أن ليس للمعمر أن يأخذ المقدار الزائد عن القدر المعروف. فليحرر

وللشريك المعمر أن يؤجر ذلك الملك المشترك ويستوفي دينه هذا من اجرته وبذلك يندفع الضرر عن الطرفين. أنظر المادة (٢٠) وبعد أن يستوفي المعمر مطلوبه يأخذ الشريكان أجار الملك المشترك بالاشتراك بمقدار حصصهما (الخانية في باب الحيطان والطرق ومجاري الماء وابن عابدين على البحر في مسائل شتى في القضاء بزيادة).

وإذا كان مريد التعمير بعد مطالبته بالتعمير وامتناع شريكه عن التعمير عمر بدون إذن من القاضي فلا ينظر إلى مقدار ما صرف والأنسب للفقرة الآنفة أن يقال: لا ينظر إلى القدر المعروف الذي صرفه، ولكن له أن يستوفي المقدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء أي قيمة التعمير وقت التعمير على الوجه المشروح أي أن له إيجار الملك المشترك واستيفاء دينه من أجرته. أنظر الأصل الثالث الوارد في شرح المادة (١٣٠٨). وإذا لم يراجع شريكه ولم يطالبه بالتعمير وعمر بدون وقوع امتناع من شريكه يكون متبرعاً. أنظر شرح المادة (١٣١٢)

قيل هنا «قيمة البناء وقت التعمير» وقد ذكر أثناء شرح هذه المادة أن المقصد من البناء هنا التعمير وليس البناء الذي أجرى فيه التعمير كبناء الطاحون والحمام مثلاً وهو ظاهر. وقد احترز بقوله «قيمته وقت التعمير» عن قيمته وقت الرجوع لأن التعمير الواقع في حصة الشريك قد وقع ملكاً للشريك فلذلك وجبت قيمته وقت التعمير. أما إذا عمر المعمر على أن التعمير ملكه فتلزم قيمته وقت الرجوع حيث لا يكون قد انتقل الملك للشريك وقت أخذ البدل. (الحموي في القاعدة الثالثة من الضرر لا يزال بمثله).

وتعين قيمة وقت الرجوع على الوجه الآتي: وذلك أن يقوّم أصل البناء أي الحمام مرة قبل التعمير أي في حالته الأصلية ومرة بعد التعمير ويكون الفرق بين القيمتين قيمة التعمير، مثلاً إذا

قومت قيمة الحمام قبل التعمير بخمسين ألف درهم وقومت بعد التعمير بستين ألف درهم فإذا كان الشريك المعمر شريكاً في نصف الحمام فله الرجوع بخمسة آلاف درهم على شريكه نصف ما صرفه ولو كان الشريك قد صرف على التعمير خمسة عشر ألف درهم أي يكون متبرعاً في الخمسة الآلاف الدرهم مما صرفه أما إذا كان ما صرفه المعمر أقل مَن القيمة الواقعة كأن يكون ما صرفه خمسة آلاف درهم فهل له الرجوع بخمسة آلاف درهم نصف قيمته أو بألفين وخمسمائة درهم نصف ما صرفه؟ فالظاهر أن له الرجوع بالثاني وتعمير الشريك المعمر في حصة شريكه يقع ملكاً للشريك بمجرد التعمير عند بعض الفقهاء. وعند الآخرين يكون ملكاً للمعمر وإذا أخذ المعمر بعد ذلك من شريكه حصته في التعمير ينتقل هذا التعمير إلى ملك شريكه وعلى القول الأول تلزم القيمة وقت التعمير وعلى القول الثاني تلزم القيمة وقت الرجوع وبما أنه يفهم من الإيضاحات الواردة في المجلة أنها قد قبلت القول القائل بلزوم القيمة وقت التعمير فللمعمر في المسألة السالفة الذكر الرجوع على الشريك بنصف الخمسة الاف درهم (الحموي والقاعدة الخامسة في الضرر لا يزال بالضرر بزيادة)

الخلاصة: يوجد ثلاثة احتمالات في التعميرات الواقعة:

(١) أن يطابق ما صرف على التعمير قيمته (٢) أن يكون مقدار الصرف على التعمير أزيد من القيمة (٣) أن يكون ما صرف على التعمير أقل من القيمة. وقد بينت أحكام الاحتمالات الثلاثة آنفاً.

المادة (١٣١٤) - (إذا انهدم الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة بالكلية كالطاحون والحمام وأصبح عرصة صرفة وأراد أحد صاحبيه بناءه وامتنع الآخر فلا يجبر على البناء وتقسم العرصة)

إذا انهدم الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة بالكلية كالطاحون والحمام والحائط سواء انهدم من نفسه أو احترق أو هدمه صاحباه بالاتفاق وأصبح عرصة صرفة وأراد أحد صاحبيه بناءه وامتنع الآخر فلا يجبر على البناء حيث لا يجبر أحد على صلاح ملكه توفيقاً للمادة (٢٥)

وإذا كانت العرصة قابلة للقسمة وطلب أحدهما القسمة تقسم. أنظر المادة (١١٣٩) ولكل واحد من الشريكين بعد القسمة أن ينشئ ما يشاء في حصته. أنظر المادة (١١٢٦) وإذا أنشأ أحد الشريكين في مثل هذه العرصة القابلة للقسمة بناء بلا إذن الآخر فإذا أنشأ البناء لنفسه فحكمه قد ذكر في شرح المادة (١٠٧٦) وإذا بناه للشركة يكون متبرعاً لأنه غير مضطر للبناء لإمكان تقسيم العرصة. أما إذا كانت العرصة غير قابلة للقسمة كأن يهدم إثنان حائطهما المشترك ثم أراد أحدهما بناءه وامتنع الآخر ولم تكن عرصته ذات عرض فلا يمكن لكل شريك أن ينشيء حائطاً له لدى التقسيم فلا يجبر الممتنع على البناء بالحبس والتضييق لحكم المادة (٢٥) ولكن لمريد البناء

المادة (١٣١٥) - (إذا انهدمت الأبنية التي فوقانيها لأحد وتحتانيها ملك لآخر أو احترقت فكل واحد منهما يعمر أبنيته كما في السابق وليس لأحدهما منع الآخر، وإذا قال صاحب الفوقاني للتحتاني: أنشئ أبنيتك حتى أقيم أبنيتي فوقها فامتنع صاحب التحتاني فأخذ صاحب الفوقاني إذناً من القاضي وأنشأ التحتاني والفوقاني فله منع صاحب التحتاني من التصرف بالتحتاني حتى يعطيه حصة مصرفه)

إذا انهدمت الأبنية التي فوقانيها لأحد وتحتانيها ملك لآخر أو احترقت فكل واحد منهما يعمر أبنيته كما في السابق. أنظر المادة (١١٩٢) وليس لأحدهما منع الآخر. أنظر المادة (١١٩٧)

وإذا قال صاحب الفوقاني للتحتاني: أنشئ أبنيتك حتى أقيم أبنيتي فوقها فامتنع صاحب التحتاني تعنتاً أو عجزاً عن الإنشاء بسبب فقره فيجري في ذلك حكم المادة (١٣١٣) وذلك أنه لا يجبر صاحب التحتاني على البناء بالحبس والضرب حيث لا يجوز إجبار أحد على إصلاح ملكه. أنظر شرح المادة (١١٩٢). (رد المحتار). ولكن لصاحب الفوقاني أن يأخذ إذناً من القاضي وأن ينشئ التحتاني والفوقاني بناء على امتناع صاحب التحتاني عن البناء ومع أن إنشاء صاحب الفوقاني التحتاني هو تصرف في ملك الغير بلا إذن وغير جائز توفيقاً للمادة (٩٦) إلا أنه قد جوز التصرف المذكور للضرورة. أنظر المادة (٢١) لأنه لا يمكن لصاحب الفوقاني الانتفاع بملكه من غير أن يتصرف في التحتاني ملك الغير فسوغ التصرف في ملك الغير (البدائع)

فإذا أنشأ صاحب الفوقاني التحتاني على هذا الوجه فله منع صاحب التحتاني من التصرف بالتحتاني كالسكنى والاستغلال حتى يعطيه حصة مصرفه أي المصرف الذي أنفق على بناء التحتاني ويكون التحتاني المذكور في يد صاحب الفوقاني كرهن مقابل مطلوبه وله أيضاً أن يأخذ ويستوفي حصة مصرفه جبراً من الشريك الممتنع

وإذا بنى صاحب الفوقاني التحتاني بعد امتناع صاحب التحتاني بلا إذن القاضي فلا يكون متبرعاً ولكن لا ينظر إلى مقدار ما صرفه بل له أن يستوفي من صاحب التحتاني قيمة البناء وقت الإنشاء وأن يمنع صاحب التحتاني من التصرف على الوجه المشروح حتى يستوفي ذلك وليس له أن يأخذ قيمة البناء وقت الرجوع. أنظر الأصل الثالث الوارد في شرح المادة (١٣٠٨) ولا يأخذ هذا المصرف جبراً

أما إذا لم يراجع صاحب الفوقاني صاحب التحتاني ولم يثبت لذلك امتناع صاحب التحتاني وبنى صاحب الفوقاني من نفسه بناء لصاحب التحتاني فيكون صاحب الفوقاني متبرعاً كما جاء في المادة (١٣١١) والإيضاحات الواردة في شرح تلك المادة (أبو السعود المصري في الرهن بإيضاح)

أما إذا ترك صاحب التحتاني الانتفاع من تحتانيه كما ذكر آنفاً إجمالاً فينظر: فإذا بنى صاحب

الفوقاني بلا إذن القاضي فليس له أخذ ما صرفه جبراً، وإذا بنى بإذن القاضي فيؤخذ منه جبراً حيث إن إذن القاضي يقوم مقام إذنه فيحصل منه المصرف كديونه الأخرى. (التنقيح)

قيل في المجلة «إذا هدم أو احترق» لأنه إذا هدم صاحب التحتاني تحتانيه بلا رضاء الآخر فيجبر على البناء، أما إذا هدم صاحب الفوقاني فوقانيه بلا رضاء الآخر فلا يجبر على البناء كما بين في شرح المادة (١١٩٢)

المادة (١٣١٦) - (إذا انهدم حائط مشترك بين جارين وكان عليه حمولة لهما كقصر أو رؤوس جذوع وبناه أحدهما عند امتناع الآخر فله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف مصرفه)

إذا انهدم حائط مشترك بين جارين وكان عليه حمولة لهما كقصر أو رؤوس جذوع وطلب أحد الشريكين بناءه فامتنع الآخر عن البناء تعمداً أو عجزاً لفقره، فإذا كان قابلاً للقسمة فيقسم على الوجه المبين في المادة (١٣١٤)، وإذا كان غير قابل للقسمة فيجري في ذلك حكم المادة (١٣١٣) وذلك للشريك الراغب في التعمير أن يأخذ إذناً من القاضي بالتعمير عند امتناع شريكه وأن يبني الحائط وله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف مصرفه فيما إذا كان الحائط مشتركاً مناصفة أما إذا بناه بلا أذن القاضي فلا ينظر إلى مقدار ما صرفه بل له أخذ نصف تلك القيمة (رد المحتار). أنظر الأصل الثالث من شرح المادة (١٣٠٨) أما إذا لم يراجع شريكه ولم يتحقق امتناعه ولم يأخذ إذناً من القاضي بالبناء فيكون متبرعاً كما ذكر في المادة (١٣١١) وشرحها

الخلاصة: إنه إذا بنى الشريك بلا مراجعة شريكه يكون متبرعاً، وإذا بنى بعد مراجعة شريكه وامتناعه وبدون إذن القاضي يثبت له حق الرجوع بنصف القيمة، وإذا بنى بإذن القاضي يثبت له حق الرجوع بنصف ما صرفه (الخانية بزيادة). وإذا بنى الشريك الحاضر أثناء غياب الشريك الآخر فالحكم في ذلك قد بين في آخر شرح المادة (١٣١٠)

وتعبير «إذا انهدم» الوارد في المجلة الذي هو بمعنى الانهدام من نفسه ليس بتعبير احترازي فلو هدم الشريكان الملك المشترك بالاتفاق فالحكم على المنوال المشروح أيضاً أما إذا هدم أحد الشريكين الحائط المشترك بلا إذن الآخر فيضمن حصة شريكه أنظر المادة (٩١٨)

وحكم هذه المادة هو في حالة كون العرصة التي هي أساس الحائط قليلة العرض ولا يمكن بتقسيمها بين الشريكين أن ينشئ كل واحد منهما حائطاً لنفسه يتحمل حمولته. أما إذا كانت العرصة قابلة للقسمة أي لو قسمت بين الشريكين يمكن لكل واحد منهما أن ينشئ حائطاً يتحمل حمولة حصته كما كان فيقسم أس الحائط بينهما بموجب المادة (١٣١٤) (الخانية والتنقيح)

والحقيقة أنه لا يمكن تقسيم أس الحائط لأنه إذا سحبت القرعة بينهما حين التقسيم فيحتمل أن لا ينتفع أحدهما بحصته بعدم خروجها في القسم المجاور لداره وأن يصيبه القسم الآخر إلا أنه

لاجبر على القرعة كما ذكر في شرح المادة (١١٥١). فللقاضي أن يعطي كلاً منهما حصته في جهة داره (جامع الفصولين)

وإذا كان أس الحائط قابلاً للتقسيم على هذا الوجه ولم يقسم وبنى أحد الشريكين الحائط المذكور من ماله لنفسه فحكمه قد ورد في شرح المادة (١٠٧٦) كما أنه إذا بناه للشركة يكون متبرعاً وليس له الرجوع على شريكه فيما صرفه ومنعه من الانتفاع بالحائط (الخانية في الحيطان بزيادة)

قيل في المجلة «وكان عليه حمولة لهما» يوجد في هذه المسألة ثلاث صور:

١ ـ أن يكون عليه حمولة للشريكين، وهذا هو المذكور في المجلة

أن يكون لأحدهما حمولة عليه ففي هذا الحال إذا كان أساس الحائط قابلاً للقسمة وطلبت القسمة فلا يجبر على البناء بالإشتراك على ما هو مذكور في هذه المادة حق أنه لو بنى أحد الشريكين في هذا الحال بلا إذن الآخر للشركة يكون متبرعاً وليس له الرجوع على الآخر أما إذا كان أس الحائط غير قابل فالأشبه أن يجري حكم هذه المادة أيضاً

٣ ـ أن يكون لأحدهما حمولة وأن يكون للآخر حمولة، ففي هذا الحال إذا كان أس الحائط قابلاً للقسمة فيقسم بالطلب. أما إذا كان غير قابل للقسمة وبنى صاحب الحمولة فيجري حكم هذه المادة (رد المحتار).

قيل في هذه المادة «عند امتناع الآخر» لأنه لو بنى أحد الشريكين من ماله للشركة بأمر وإذن من شريكه فله الرجوع على شريكه بحصته في المصرف كما ذكر في المادة (١٣٠٩) وليس له منع شريكه من الانتفاع بالحائط حتى يأخذ منه حصته من المصرف (الخانية والتنقيح)

المادة (١٣١٧) ـ (إذا انهدم حائط بين دارين فصار يرى من احداهما مقر نساء الأخرى وأراد لذلك صاحب احدى الدارين تعمير الحائط مشتركا وامتنع صاحب الأخرى فلا يجبر على البناء ولكن يجبران من طرف القاضي على اتخاذ سترة بينهما بالاشتراك من أخشاب أو أشياء أخرى)

إذا انهدم حائط مشترك بين دارين فصار يرى من إحداهما مقر نساء الأخرى وأراد لذلك صاحب احدى الدارين تعمير الحائط مشتركاً وامتنع صاحب الأخرى فلا يجبر على البناء توفيقاً للمادة (٢٥) ولكن إذا كانت العرصة قابلة للتقسيم أي إذا قسمت يبقى لكل واحد منهما محل ليتخذ سترة في حصته فتقسم بالطلب. أنظر المادة (١٣١٤). أما إذا كانت غير قابلة للقسمة فيجبران من طرف القاضي على اتخاذ سترة بينهما بالاشتراك من أخشاب أو أشياء أخرى لأنه يجب وجود سترة بينهما ولا يجبر على بناء الحائط أنظر المادتين (٢٢ و ١٣٠٦). (الخانية)

وإذا كان الحائط المذكور غير مشترك بين صاحبي الدار وكان ملكاً لأحدهما فيجري أيضاً

حكم هذه المادة. وذلك إذا انهدم حائط دار أحد فأصبح يرى من تلك الدار مقر نساء دار جاره ولم يبن صاحب الحائط حائطه فطلب الجار من صاحب الحائط أن يتخذ سترة بينهما بالاشتراك وامتنع صاحب الحائط فيجبره القاضي على اتخاذ سترة على الوجه المذكور (الخانية وعلي أفندي)

المادة (١٣١٨) - (إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف سقوطه وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك)

(رد المحتار) حتى أنه لو لم يكن لأحد الشريكين حمولة على ذلك الحائط المشترك على هذا الوجه وأصبح الحائط على خطر السقوط فتقدم ونبه الشريك الذي ليس له حمولة الشريك الذي له حمولة ولم يهدمه بعد التقدم والتنبيه وانهدم الحائط بعد ذلك وأضرّ بالشريك المتقدم فيضمن الشريك المتقدم فيه نصف ضرر شريكه (الخانية في الحيطان). أنظر المادة (٩٢٨)

وإذا هدم الحائط ونقض على هذا الوجه فهل يجبر الشريك الممتنع على الإنشاء؟. وجوابه قد مر في شرح المادة (١٣١٦)

أما إذا لم يخف من سقوط الحائط وطلب أحد الشريكين نقضه لبنائه قوياً ليقيم فوقه بناء وامتنع الآخر فيمنع مريد من النقض سواء كان النقض مضراً بالشريك الآخر أو غير مضر أنظر المادة (١٣١٠). لأن النقض المذكور هو تصرف منه في الملك المشترك بلا اذن الشريك وهو غير جائز حسب المادة (٩٦). (الخانية والخيرية والحموي في القاعدة الخامسة في الضرر لا يزال بضرر)

وإذا حصل وهن في الحائط المشترك الذي للشريكين عليه حمولة وخيف سقوطه وطلب أحدهما رفعه وإصلاحه وامتنع الآخر فاللائق بالشريك الراغب في التعمير أن يقول لشريكه ضع حمولتك على عمدان وسأرفع الحائط في وقت كذا وأن يشهد على قوله هذا فاذا رفع الشريك حمولته فبها وإذا لم يرفع وهدم الشريك الراغب في التعمير الحائط وسقطت حمولة شريكه فلا يلزمه ضمان.

وإذا احتاج صاحب التحتاني للتعمير فالظاهر أنه يجب عليه أن يعمل ذلك أيضاً. وهذه المسألة هي مسألة جميلة ولم أر من نبه عليها (رد المحتار)

المادة (١٣١٩) - (إذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين أو بين وقفين إلى التعمير وكان إبقاؤه على حاله مضراً وكان أحد الوصيين أو أحد المتوليين يطلب التعمير وامتنع الآخر يجبر على التعمير. مثلاً إذا كان بين داري صغيرين حائط مشترك خيف سقوطه وأراد وصي أحدهما التعمير وأبى وصي الآخر فيرسل من طرف القاضي أمين وينظر فإذا علم أن في ترك هذا الحائط على حاله ضرراً في حق الصغيرين فيجبر الوصي الآبي على تعمير ذلك الحائط بالاشتراك مع الوصي

الآخر من مال الصغير. كذلك لو كانت دار مشتركة بين وقفين محتاجة للتعمير وطلب أحد المتولين التعمير وامتنع الآخر يجبر من طرف القاضي على أن يعمر من مال الوقف)

إذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين أو بين وقفين إلى التعمير فإذا تحقق بمشاهدة أرباب الوقوف الذين أرسلهم القاضي للكشف ان ابقاءه على حاله مضر وكان أحد الوصيين أو أحد المتولين يطلب التعمير وامتنع الآخر يجبر الممتنع على التعمير. وهذه المسألة غير مقيسة على حكم المادة (١٣١٢). (رد المحتار في القسمة) والفرق هو أنه إذا امتنع الشريك في الملك المشترك عن التعمير فلا يجبر على التعمير لرضائه بلحوق لضرر بماله أما في هذه المادة فالولي أو الوصي الممتنع عن التعمير يريد إدخال الضرر الى الصغير أو الى الوقف فيجبر على دفع الضرر (البحر في شتى مسائل في القضاء عن الوصايا الخانية).

مثلاً إذا كان بين داري صغيرين مشترك خيف من سقوطه وأراد وصي أحدهما التعمير وأبى وصي الآخر عن التعمير، فيرسل من طرف القاضي أمين وينظر: فإذا علم أن في ترك هذا الحائط على حاله ضرراً في حق الصغيرين فيجبر الوصي الآبي عن التعمير على تعمير ذلك الحائط بالاشتراك مع وصي الآخر من مال الصغير

وحكم هذه المسألة ومثالها يجري أيضاً في الحائط المشترك بين كثيرين كما مر ذلك في المادة الآنفة

وفي هذه المادة قد ذكرت صورة ما اذا كان ترك التعمير مضراً بالصغيرين. أما إذا كان الضرر بأحد الصغيرين فقط كأن تكون حمولة الحائط لأحد الصغيرين فاللائق أن يجبر على التعمير إذا كان الآبي هو وصي الصغير المتضرر. كذلك إذا كان الملك مشتركاً بين صغير وبالغ وكان الضرر بالبالغ فلا يجبر البالغ على التعمير، أما إذا كان الضرر للصبي فالمناسب أن يجبر وصي الصبي على التعمير

كذلك لو كانت دار مشتركة بين وقفين محتاجة للتعمير وطلب أحد المتولين التعمير وامتنع الآخر عن التعمير يجبر من طرف القاضي على أن يعمر من مال الوقف. أنظر المادة (٥٨)

كذلك لو كانت دار مشتركة بين وقف وملك فإذا كان ترك التعمير موجبا لضرر صاحب الملك فلا يجبر على التعمير وإذا كان مضراً بالوقف وامتنع متولي الوقف عن التعمير فيجبر القاضي متولي الوقف على التعمير (رد المحتار)

وإذا لم توجد علة للوقف فللمتولي أن يستدين للوقف بإذن القاضي ويصرفه على التعمير (الخيرية) فعليه ليس لمتولي الوقف في هذه الصورة أن يستدين للوقف من نفسه بلا رأي القاضي

مثلاً إذا كانت مستغلات وقف محتاجة للتعمير ولم توجد للوقف غلة فللمتولي أن يستدين

للوقف بإذن القاضي بلا ربح وإذا لم تمكن الاستدانة للوقف بلا ربح فللمتولي أن يستدين نقوداً بالربح على وجه المعاملة الشرعية برأي القاضي وأن يصرفها على تعمير مستغلات الوقف بالقدر المعروف وفي هذه الصورة للمتولي أن يرجع على غلة الوقف بأصل الدين والربح

كذلك لو صرف متولي الوقف من ماله قدراً معروفاً على تعمير الوقف برأي القاضي بشرط الرجوع على الوقف فله أن يستوفي مصروفه من غلة الوقف، وإذا توفي قبل الاستيفاء فلورثته استيفاؤه من غلة الوقف التي تحت يد المتولي الذي نصب محل مورثهم بعد الثبوت

أما إذا شرط الواقف في وقفيته شرطاً يجيز للمتولي الاستدانة للوقف عند الحاجة فللمتولي الاستدانة من نفسه أي بلا إذن من القاضي (أحكام الأوقاف)

المادة (١٣٢٠) ـ (إذا كان حيوان مشتركا بين اثنين وأبى أحدهما إعاشته وراجع الآخر القاضي فيأسر القاضي الآبي بقوله: إما أن تبيع حصتك وإما أن تعيّش الحيوان مشتركاً)

إذا كان حيوان مشتركاً بين اثنين وأبى أحدهما إعاشته وراجع الآخر القاضي ليأمر شريكه بالانفاق حتى لا يكون متبرعاً بما ينفقه على الحيوان فيأمر القاضي الآبي إعاشة الحيوان على الإنفاق بقوله: إما أن تبيع حصتك لمن شئت بالثمن الذي تريده واما أن تعيش الحيوان مشتركا. وإن يكن قد ذكر في المادة (١٠٧٢) أن ليس لأحد الشريكين أن يجبر شريكه بقوله: بعني حصتك أو اشتر حصتي، إلا أن هذه المادة لا تنافي تلك المادة لأن الاجبار الوارد هنا ليس خاصاً بالمشارك ولم يكن على البيع على الإطلاق بل الإجبار على أحد أمرين

ومع أنه في المواد (١٣١٣ و ١٣١٤ و ١٣١٥) لا يجبر الشريك الممتنع عن الإنفاق على الإنفاق إلا أنه يجبر هنا، والفرق هو أن الشريك الممتنع عن الإنفاق على الحيوان متصد لإتلاف حق شريكه فجاز الأمر والإجبار على الإنفاق (رد المحتار والهندية)

وقد ذكر في شرح المادة (١١٩٢) ان لكل أن يتصرف في ملكه باختياره وأنه لا يجبر أحد من قبل على التصرف في ملكه إلا أنه إذا وجدت ضرورة على الإجبار على التصرف فيجوز الإجبار كما هو الحال في هذه المادة لأن الضرورات تبيح المحظورات حسب المادة (٢١)

فإذا لم يُصغ الشريك لأمر القاضي فللقاضي أن يأمر الشريك الذي يراجعه بالإنفاق على أن يرجع على شريكه بحصته من المصرف. والإنفاق على الزرع المشترك هو في حكم هذه المادة وذلك لو كان زرع مشتركاً بين اثنين وأبى أحدهما الإنفاق عليه كأن يمتنع عن إسقائه فإذا راجع الآخر القاضي فيجبر القاضي الآبي على الإنفاق

أما إذا صرف الشريك على ذلك الحيوان أو الزرع بدون اذن شريكه أو بدون أمر واذن من

القاضي فيكون متبرعاً وليس له الرجوع على شريكه بحصته من المصرف أنظر الأصل الثاني الوارد في شرح المادة (١٣٠٨)

وإذا راجع أحد الشريكين القاضي للإنفاق على الزرع المشترك فالقاضي يأمر الشريك الآبي بالإنفاق كما هو الحال في المواد (١٣١٣ و ١٣١٤ و ١٣١٥) وإذا أبى وعاند الشريك المأمور في الإنفاق بعد الأمر فيأمر القاضي الشريك الراغب في الإنفاق بالصرف على أن يرجع على شريكه بحصته من المصرف وله الرجوع بعد الإنفاق على شريكه الممتنع بحصته من المصرف، وإذا أمر القاضي الممتنع بالإنفاق فامتنع عن الإنفاق بعد الأمر وتلف الزرع يضمن حصة شريكه أما إذا امتنع عن الإنفاق قبل أمر القاضي وتلف الزرع فلا يضمن حصة شريكه. أنظر المادة (٩٣) (الحموي في القسمة ورد المحتار قبل الوقف والطوري).



الفصل الثاني
في كري النهر والمجاري وإصلاحها

الكري، بفتح الكاف وسكون الراء، كالحفر وزناً ومعنى. ويفسر في المادة الآتية بالتطهير

المادة (١٣٢١) - (كري النهر الغير المملوك أو إصلاحه أي تطهيره على بيت المال فإذا لم يكن سعة في بيت المال فيجبر الناس على تطهيره)

كري النهر الغير المملوك الغير الداخل في المقاسم كنهر النيل والفرات وإصلاح مسناته أي تطهيره على بيت المال لأن كري النهر المذكور وإصلاحه هو لحفظ المصلحة العامة لئلا يخرج عن مجراه القديم وتخرب القرى والمزارع، كما أن مال بيت المال هو معدّ للمصالح العامة فلزمت مؤونة كريه على بيت المال ويجب القيام بهذه المؤونة من واردات بيت المال من قسم الخراج والجزية وليس من قسم العشور والصدقات (الزيلعي والطوري) لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب (مجمع الأنهر).

وإن لم يكن سعة في بيت المال وامتنع الناس عن تطهيره بطيب أنفسهم فيجبر الناس على تطهيره لأن في ترك الكرى ضرراً عظيماً على الناس كما بين آنفاً

وإنفاق العوام باختيارهم على المنافع والمصالح نادر، فلولي الأمر الناظر على منافع ومصالح العامة أن يجبرهم على ذلك، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نظير ذلك (لو تركتم لبعتم أولادكم) فإذا أجبر الناس على التطهير على هذا الوجه فيجبر من كان قادراً على العمل بالاشتغال بنفسه ويجبر الأغنياء الغير القادرين على العمل على دفع نفقة العاملين (الزيلعي ورد المحتار) كما يفعله في تجهيزه الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال وتجعل مؤونتهم على الأغنياء (مجمع الأنهر)

المادة (١٣٢٢) - (تطهير النهر المملوك المشترك على أصحابه أي على من له حق الشرب ولا يجوز أن يشرك أصحاب حق الشفة في مؤونة الكري والإصلاح)

تطهير النهر المملوك المشترك أي الداخل في مقاسم على أصحابه أي على من له حق الشرب في ذلك النهر لأن منفعة النهر المذكور خاصة بهم فغرامته أيضاً عليهم (الزيلعي) أنظر مادة (٧٨)

ولا يجوز أن يشترك أصحاب حق الشفة في مؤونة الكري والإصلاح، ويثبت عدم التشريك هذا على وجوه ثلاثة وذلك:

١ - تلحق المؤونة المالك ولا تلحق من له الحق من له الحق لطريق الإباحة كأصحاب حق الشفة

٢ ـ إن جميع العالم مشتركون في حق الشفة فتشريك قوم غير محصورين كهؤلاء في المؤونة محال (رد المحتار)

٣ ـ إن أصحاب حق الشفة أتباع وأصحاب حق الشرب أصول فالمؤونة تجب على الأصول ولا تجب على الأتباع (مجمع الأنهر)

كذلك يجب تعمير الطريق على مالكي رقبتها وليس على الأتباع أي من لهم حق المرور أنظر شرح المادة (١٣٢٧)

المادة (١٣٢٣) ـ (إذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض ينظر: فإذا كان النهر عاماً فيجبر الآبي على الكري مع الآخرين وإذا كان النهر خاصاً فالطالبون يكرون ذلك النهر باذن القاضي ويمنعون الممتنع عن الكري عن الانتفاع من ذلك النهر حتى يؤدي مقدار ما أصاب حصته من النهر)

إذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك المملوك أي كريه وإصلاحه وأبى البعض التطهير ينظر: فأما أن يكون النهر المذكور عاماً من وجه وخاصاً من وجه آخر أو خاصاً من كل وجه والنهر الذي يكون سبباً للشفعة خاص من كل وجه والنهر الذي لا يكون سبباً للشفعة عام من وجه فلذلك إذا كان النهر عاماً فيجبر الآبي على الكري مع الآخرين بالاشتراك ولا يلزم بيت المال كريه لأن منفعته خاصة بأصحابه ولأن الغرم بالغنم (مجمع الأنهر). أنظر المادة (٢٦) ويوضح تفريع هذه المسألة على المادة (٢٦) بالوجه الآتي:

إن في ترك كري النهر العام ضرراً على الشركاء فهو ضرر عام وإجبار الشريك الآبي على الكرى ضرر خاص فلزم الضرر الخاص لدفع الضرر العام ومع ذلك فإذا أجبر الآبي على الكري فسينتفع مقابل عمله فلا يلحقه ضرر بالإجبار وعليه فالإجبار الواقع هنا أصبح فرعاً للمادة (٢٠) باعتبار هذه الملاحظة (الزيلعي)

وإن كان النهر خاصاً فلا يجبر الآبي على التطهير بالاشتراك مع الآخرين لأنه ليس في ذلك ضرر عام بل فيه دفع ضرر الشركاء ولا يختار لدفعه ضرر خاص بإجبار الآبي لأن كلا الضررين خاص (مجمع الأنهر)[1]

بل إن الشركاء الذين يريدون التطهير قادرون على دفع الضرر عن أنفسهم بدون أضرار الممتنع وذلك: أن يكري الطالبون ذلك النهر باذن القاضي ويمنع الممتنع عن الكري عن الانتفاع بحق الشرب من ذلك النهر حتى يؤدي مقدار ما أصاب حصته من المصرف فلذلك إذا تلف بعض

(١) حيث لا يدفع الضرر بمثله (المعرب)

الطرف الأعلى من الجدول الذي يجري ماؤه أولاً إلى طاحون أحد ثم إلى طواحين آخرين واحتاج للكري والإصلاح وطلب صاحب الطاحون الأول من شركائه إصلاح الجدول مشتركاً فامتنع الآخرون فصرف صاحب الطاحون الأولى بأمر القاضي قدراً معروفاً كذا درهماً وكرى وأصلح الجدول فله منع الآخرين من الانتفاع بالماء حتى يؤدوه مقدار ما أصاب حصصهم من المصرف «علي أفندي»

سؤال ـ حيث ان في كري وتطهير النهر الخاص إحياء لحقوق أصحاب حق الشفة وفي ترك التطهير ضرر عام فيجب حسب قاعدة «يختار الضرر الخاص لدفع الضرر العام» إجبار الممتنع عن الكري على الاشتراك في التطهير؟

الجواب ـ لا يجبر الممتنع عن الكري باعتبار أن تعطيل حق الشفة ضرر عام أي لا إجبار من أجل حق أهل الشفة، ألا يرى أنه إذا امتنع جميع أصحاب حق الشرب عن كري النهر الخاص لا يجبرون على الكري لأن هؤلاء يمتنعون عن إعمار أراضيهم فلو كان حق أهل الشفة معتبراً لأجبر هؤلاء على الكري (الزيلعي)

قيل «بإذن القاضي» ولكن لو طالب أحد الشريكين شريكه بالكري فامتنع الشريك عن الكري فكرى النهر بدون إذن القاضي فللشريك الكاري على رأي الإمام الأعظم أن يمنع شريكه من الانتفاع بالنهر حتى يدفع حصته من مصرف الكري. وهذا القول موافق للمسائل التي بينت في الفصل الأول كما أنه قد ذكر في المادة (١٣١٣) أنه لو امتنع بعض الشركاء عن تعمير الملك المشترك الغير القابل للقسمة وعمره الشركاء الآخرون بلا أمر القاضي فللشركاء المعمرين الحق بأن يأخذوا من الشريك قيمة حصته وقت التعمير، وعند بعض العلماء إذا كرى الشريك بلا إذن القاضي فليس له منع شريكه من الانتفاع والرجوع عليه بالقيمة. وقد بين رد المحتار أنه قد رجح هذا الرأي في الدر المختار (التبيين والهداية) كما أنه قد أفتى في البهجة على هذا الوجه

وقد ذكر آنفاً أنه يرى أن بيان المجلة موافق لقول الشيخين، ومع ذلك فيمكن التوفيق بين هذين القولين وذلك إذا عمر بعض الشركاء النهر المشترك بدون إذن من القاضي وبدون مراجعة الشريك وثبوت امتناعه عن التعمير يكون متبرعاً. ومجمل القول الثاني هو هذا، أما إذا كرى الشريك النهر بدون إذن القاضي بعد مراجعة شريكه فتحقق امتناعه فله الرجوع بالقيمة، والمقصود بالقول الأول هو هذا

المادة (١٣٢٤) ـ (إذا امتنع كافة أصحاب حق الشرب من كري النهر المشترك فإذا كان نهراً عاماً فيجبرون كذلك على الكري وإن كان خاصاً فلا يجبرون)

إذا امتنع كافة أصحاب حق الشرب من كري وإصلاح النهر المشترك الذي هو ملكهم فإذا

كان عاماً فيجرون كذلك أي كالحكم الوارد في المادة الآنفة في حالة امتناع بعضهم عن الكري على الكري، ولا يشترك أهل الشفة في مؤونة الكري. أنظر شرح المادة (١٣٢٢) وإن كان خاصاً فلا يجبرون. أنظر شرح المادة (١١٩٢) (رد المحتار)

المادة (١٣٢٥) - (إذا كان لأحد محل على ضفة نهر عام سواء كان غير مملوك أو مملوكاً وكان لا يوجد طريق آخر يمرّ منه لأجل الاحتياجات كشرب الماء وكرى النهر فللعامة المرور من ذلك المحل وليس لصاحبه المنع)

إذا كان لأحد محل على ضفة نهر عام سواء كان غير مملوك وهو المنوه عنه في المادة (١٣٢١) أو مملوكاً وهو المذكور في المادة (١٣٢٢) وكان لا يوجد طريق آخر يمر منه من أجل الاحتياجات كشرب الماء وكري النهر فللعامة المرور من ذلك المحل. أنظر المادة (٢٦) وليس لصاحبه المنع من المرور وقد ذكر في شرح المادة (١٢٢٥) وفي المادة (١٢٢٦) أنه ليس لأحد أن يمر بلا إذن من محل لا يملك حق المرور فيه توفيقاً للمادة (٩٦) من المجلة وتجويز المرور هنا هو مبني على قاعدة يختار الضرر الخاص لدفع الضرر العام (جامع الفصولين في التصرف بالأعيان المشتركة)

المادة (١٣٢٦) - (تبتدئ مؤونة كري النهر المشترك وإصلاحه من الأعلى ويشترك في الابتداء جميع أصحاب الحصص في ذلك فعند المرور والتجاوز من أراضي الشريك الذي في الطرف الأعلى من النهر يخلص وهكذا ينزل إلى أسفله لأن الغرم بالغنم. أنظر مادة (٨٧). مثلاً إذا لزم كري النهر المشترك بين عشرة أشخاص فمصارف أعلى حصة شريك إلى نهاية أراضيها تقسم على جميعهم وما بعدها على التسعة وإذا مُرّ من أراضي الثاني فعلى الثمانية ثم يسار على هذا السياق ويشترك صاحب الحصة التي في منتهى الأسفل في جميع المصرف ويقوم في الآخر بمصرف حصته وحده فعلى هذا الوجه يكون مصرف الشريك صاحب الحصة التي في أقصى العلو أقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة الواقعة في منتهى الأسفل أكثر من الجميع)

تبتدئ مؤونة أي مصارف كري النهر المشترك وإصلاحه من الأعلى ويشترك في الابتداء جميع أصحاب الحصص في ذلك أي في المصرف والمؤونة لأن صاحب حق الشرب محتاج لكري النهر من الأعلى لوصول الماء إلى أرضه فعند المرور التجاوز من أراضي الشريك الذي في الطرف الأعلى من النهر يخلص ذلك الشريك من المؤونة على رأي الإمام الأعظم لأن المقصد من الكري الانتفاع

بالسقي وبتجاوز الكري أراضيه يحصل هذا المقصد وليس له في كري وإصلاح ما بعد ذلك فائدة فلذلك لا يلزمه شيء من المؤونة التي تصرف بعد ذلك

سؤال ـ إن هذا الشريك محتاج لكري النهر في القسم الأسفل من أرضه لتصريف الماء الزائد؟

الجواب ـ بما أنه يمكنه سد فم النهر من الأعلى فهو غير محتاج لذلك وعليه فلا يجوز إلزامه بدفع مؤونة القسم الأسفل من النهر. وخلاص الشريك من المؤونة بعد المرور من أرضه هو على مذهب الإمام الأعظم المفتى به وقد اختارته المجلة

أما عند الإمامين فجميع الشركاء متشاركون في مؤونة النهر المشترك من أعلاه إلى أسفله لأن الشريك الذي في الأعلى مجبور على تصريف مياهه للأسفل

وإن يكن أن صاحب الحصة الأولى يتخلص من المؤونة بعد المرور والتجاوز عن حصته على الوجه المذكور إلا أنه ليس له عند الفقهاء الانتفاع بسقي أراضيه وبحق الشرب قبل أن يفرغ جميع الشركاء من الكرى لأنه تحصل تهمة بأن حق الشرب منحصر فيه وأن ليس للشركاء الآخرين حصة في ذلك فيجب منعه من الانتفاع نفياً لهذه التهمة، وقد قال بعض الفقهاء الآخرين بأن له حق السقي والانتفاع قبل الفراغ وبما أن هذه التهمة لا تسلب حقا فالأولى أن يكون القول الثاني هو الراجح

وهكذا ينزل إلى أسفل النهر على هذا الترتيب أي يتخلص من المؤونة بعد ذلك الثاني ثم الثالث ثم الرابع لأن الغرم بالغنم. أنظر المادة (٨٧) يعني أن جميع أصحاب الحصص يستفيدون من كري الجدول الذي يمر من أراضي الشريك الواقعة أراضيه في أعلى النهر فلذلك يضمنون ويغرمون مؤونة الكري وإذا مرَّ من أراضي الشريك الواقعة أراضيه في الأعلى فلا يبقى له انتفاع واغتنام في الجهة السفلى من النهر ولذلك لا يلزمه أن يغرم شيئاً من المؤونة وتلزم المؤونة غيره ويسار على هذا الترتيب إلى الآخر.

وسبب قوله «فعند المرور والتجاوز من أراضيه» وقوله من المثال الآتي «إلى منتهى أراضيه» هو أنه لو كان فم جدول الشريك الذي في الأعلى في منتصف أراضيه مثلاً فلا يبرأ من المؤونة بتجاوز الكرى فم جدوله بل يكون شريكاً في المؤونة إلى منتهى أراضيه لأن لهذا الشريك أن يتخذ فماً لجدوله في الأعلى أو الأسفل إلا أن هذا الحكم مخصوص بالنهر الخاص. أما إذا كان النهر نهراً عاماً فإذا وصل الكري إلى فم نهر قرية فيخلص أهالي تلك القرية من مؤونة الكري

مثلاً إذا لزم كري النهر المشترك بين عشرة أشخاص فمصارف أعلى حصة شريك إلى نهاية أراضيها تقسم على جميعهم، وبما أنه بعد ذلك لا يبقى للشريك الذي في أعلى النهر منفعة في أراضيه فيبرأ وما بعدها من المصارف فعلى التسعة، وإذا مُرَّ عن أراضي الثاني فيبرأ هو أيضاً وما بعد ذلك من المصرف يكون على الثمانية، وإذا مر عن أراضي الثالث فيكون المصرف على السبعة

وثم بعد ذلك على الستة فالخمسة ويسار بعد ذلك على هذا السياق أي يدفع الجميع حتى تجاوز الشريك الأول عشر المصرف ثم بعد ذلك يدفع كل منهم تسع المصرف ويراعي هذا الترتيب إلى الآخر

ويشترك صاحب الحصة التي في منتهى الأسفل في جميع المصرف ويقوم في الأخر بمصرف حصته وحده لأن هذا الشريك لا يمكنه الانتفاع من النهر ما لم يصل التطهير والاصلاح إلى أراضيه فعلى هذا الوجه يكون مصرف الشريك صاحب الحصة التي في أقصى العلو أقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة الواقعة في منتهى الأسفل أكثر من الجميع (رد المحتار ومجمع الأنهر والدر المنتقى)

المادة (١٣٢٧) ـ (مؤونة نزح المجارير المشتركة تبتدئ من الأسفل فيشترك الجميع في مصرف حصة المجرور الواقع في عرصة صاحب الحصة السفلى وكلما تجوز منه إلى ما فوقه يبرأ صاحب تلك الحصة وهكذا يبرأون واحداً واحداً وصاحب الحصة العليا يعمل حصته وحده فلذلك يكون مصرف صاحب الحصة السفلى أقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة العليا أكثر منهم)

مؤونة نزح المجارير المشتركة تبتدئ من الأسفل بعكس النهر المشترك لأن صاحب المجرور محتاج إلى ما بعد أراضيه أي إلى أسفلها لتسييل أوساخ داره أو الأمطار التي تقع في أراضيه وغير محتاج إلى أعلاه. أما صاحب النهر المشترك فهو محتاج إلى أعلاه وغير محتاج إلى أسفله. فيشترك الجميع في مصرف حصة المجرور الواقع في عرصة صاحب الحصة السفلى لأن جميعهم محتاجون إلى إجراء أوساخهم من هناك وكلما تجوز منه إلى ما فوقه يبرأ صاحب تلك الحصة لأنه لا تجري أوساخ صاحب تلك الحصة إلى ما فوق وهكذا يبرأون واحداً واحداً أي على هذا الوجه المشروح وصاحب الحصة العليا يعمل حصته وحده لأن الغرم بالغنم. أنظر المادة (٨٧)

مثلاً إذا أريد نزح مجرور مشترك بين عشرة أشخاص فمصرف المجرور الذي يجري في عرصة صاحب الحصة السفلى إلى مصبِّه تقسم على جميعهم وما فوقه فعلى التسعة وإذا تجاوز المجرور عرصة الثاني فيقسم المصرف على الثمانية ويجري العمل على هذا المنوال

فلذلك يكون مصرف صاحب الحصة السفلى أقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة العليا أكثر منهم (رد المحتار)

المادة (١٣٢٨) ـ (تعمير الطريق الخاص أيضاً يبدأ من الأسفل كالمجارير ويعتبر فمه أي مدخله أسفل ومنتهاه أعلى ويشترك صاحب الحصة التي في مدخله

في مصارف التعمير العائدة إلى حصته أما صاحب الحصة التي في منتهاه فعدا عن اشتراكه في مصرف حصة كل واحد منهم تعمل حصته وحده)

تعمير الطريق الخاص أيضاً يبدأ من الأسفل كالمجارير بعكس النهر المشترك ويعتبر فمه أي مدخله وطرفه من الطريق العام أسفل ومنتهاه أعلى، ويشترك صاحب الحصة التي في مدخله مع أصحاب الحصص الآخرين في مصارف التعمير العائدة إلى حصته لأن صاحب الحصة الواقعة في مدخل الطريق ليس له حق الانتفاع بالقسم الأعلى من حصته حتى أنه ليس له المرور إلى تلك الجهة

مثلاً: إذا أريد تعمير طريق خاص مشترك بين عشرة أشخاص فجميع مصارف القطعة العائدة لصاحب الحصة الواقعة في منتهى الأسفل حتى داره - أي باب داره، وإذا كان له حائط أو عرصة فوق باب الدار فإلى نهاية العرصة - عائدة على جميع الشركاء (على اختلاف سبق في شرح المادة (١١٨٢) وما بعد ذلك فتقسم على التسعة وبعد المرور عن دار الثاني فتقسم على الثمانية ثم على هذا المنوال

أما صاحب الحصة التي في منتهاه فعدا عن اشتراكه في مصرف حصة كل واحد منهم يعمل حصته وحده فلذلك يكون مصرف صاحب الحصة الواقعة في منتهى الطريق أزيد من جميعهم حيث أن الغرم بالغنم. أنظر المادة (٨٧)

ويلزم تعمير الطريق على مالكي رقبته ولا يشترك من له حق المرور فقط مجرداً عن حق الرقبة في مصارف التعمير والإصلاح (الخيرية) لأن المؤونة تجب على الأصول ولا تجب على الأتباع أنظر شرح المادة (٣٢٢) فعليه إذا كان أصحاب الطريق الخاص متفقين على التعمير فيعمرونه على الوجه المشروح كما أنه إذا كان جميعهم ممتنعين عن التعمير فلا يجبرون عليه. أنظر شرح المادة (١١٩٢). أما إذا أراد بعض أصحاب الطريق التعمير وامتنع الآخرون فقد ذكر الخصاف أن لمريد التعمير أن يعمر الطريق بإذن القاضي ويمنع الممتنعون عن التعمير من الانتفاع بالطريق حتى يدفعوا ما يصيب حصصهم من المصارف للشريك المعمر (الخيرية ورد المحتار). وبيان الخصاف هذا موافق لمذهب الشيخين الذي بين في شرح المادة (١٣٢٣) ولكن حسب هذا القول لا يكون الممتنع عن التعمير قد منع من الانتفاع بالطريق فقط بل يكون قد منع من الانتفاع بداره فهل يجوز هذا؟

وإذا عمر بعض الشركاء الطريق بلا إذن القاضي قبل مراجعتهم شركاءهم الآخرين وثبوت امتناعهم عن الاشتراك في التعمير فيكونون متبرعين وإذا عمروا بلا إذن القاضي بعد مراجعة الشركاء وامتناعهم عن الاشتراك في التعمير فللشركاء المعمرين حق الرجوع على الشركاء الممتنعين بالقيمة كما فصل ذلك في شرح المادة (١٣١١)



الباب السادس

(في بيان شركة العقد ويحتوي على ستة فصول)

للشركة محاسن كثيرة إذ بواسطة الآثار التي تحصل بسبب الشركة ينتفع الشركاء كما أنه ينتفع في بعضها جميع الناس إذ أنه لا يمكن إنشاء سكة حديد بطول مائتي كيلو متر برأس مال ثري أو ثريين إلا أنه يمكن إنشاء سكة حديد بطول ألفي كيلو متر برأس مال مليوني شخص أو إنشاء خمسين باخرة. إن البواخر والقطارات تسهل سير الناس وسفرهم وبتعاون الناس وتناصرهم يمكنهم القيام بمشاريع عظيمة ومفيدة. لا يستطيع حمالان أن يحملا حملاً بثقل مائتي رطل. أما إذا تعاون ثمانية أو عشرة حمالين على حمل ذلك الحمل الثقيل فيستطيعون حمله بسهولة. كذلك لا يستطيع خمسة أو عشرة جنود من الاستيلاء على قلعة أو استحكام ولكن تستطيع ذلك فرقة عسكرية. ويكون بعض الناس ذا مال ولكن لا يعرف طريق الانتفاع والتجارة بذلك المال كما يكون بعض أناس ماهرين في التجارة ولكن ليس لديهم مال فلذلك إذا اجتمع ذانك الفريقان ودفع أحدهما ماله وقدم الآخر عمله فيستفيد كلاهما أحدهما برأس ماله والآخر بعمله

الخلاصة: إن الشركة سبب لغناء الأمة وعمار البلاد، وقد قال الله تعالى﴿واستعمركم فيها﴾ أي أقدركم على العمارة مثل سدّ الثغور وبناء القناطر على الأنهر المهلكة وبناء المسجد الجامع في المصر وبناء المدارس والربط تيسيراً للناس في أمورهم. وبناء بيوتهم كالبيوت التي يسكن فيها ويمكث فيها بقدر حاجتهم (الشيخ زادة مع القاضي في سورة هود)

ومن جملة الحكم والمصالح المتعددة في إيجاد الإنسان أن يعمر الأرض وقد نبه إلى ذلك في الآية الكريمة بقوله تعالى ﴿واستعمركم فيها﴾ وقد ولّي الإنسان بهذا الأمر وقد أشير في الآية الجليلة بأن كل مخلوق غير الإنسان غير صالح لذلك. (تفصيل النشأتين)

ومشروعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول لأن الناس حين بعثه النبي الكريم كانوا يباشرون الشركة وكان صاحب الشريعة يقر ذلك أي أنه أطلع على مباشرتهم الشركة ولم يمنعهم. وطريق الشركة هي ابتغاء فضل الله تعالى وهذا مشروع بنص الكتاب الكريم «مجمع الأنهر والدر المنتقى»

الفصل الأول

(في بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها)

المادة (١٣٢٩) - (شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم)

بما أنه قد شرط أن يكون رأس المال والربح مشتركاً فتخرج من التعريف المضاربة التي فيها الربح مشترك ورأس المال غير مشترك كما أنه تخرج البضاعة التي لم يكن ربحها مشتركاً «الطحطاوي»

ويتفرع على لزوم الاشتراك في رأس المال في شركة العقد المسألة الآتية وهي:

لو قال أحد لآخر: إقرضني ألف درهم حتى أبيع وأشتري والربح يكون مشتركاً بيننا وأقرضه الآخر على هذا الشرط فيكون كل الربح للمقترضين وليس للمقرض أن يأخذ شيئاً من الربح «البحر»

وكان من اللازم حذف لفظ العقد من المعرف ولفظ الشركة من التعريف وأن يستعمل بدلاً من رأس المال تعمير الأصل حتى لا يلزم في التعريف دور باطل وحتى لا تخرج شركة الوجوه من التعريف والأعمال التي ليس لها رأس مال، فلذلك قد عرفت الشركة في مجمع الأنهر بالعبارة التالية «هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح»

المادة (١٣٣٠) - (ركن شركة العقد الإيجاب والقبول لفظاً أو معنى. مثلاً إذا أوجب أحد بقوله لآخر: شاركتك بكذا درهماً رأس مال للأخذ والإعطاء وقبل الآخر بقوله قبلت فبما أنهما إيجاب وقبول لفظاً فتنعقد الشركة، وإذا أعطى أحد ألف درهم لآخر وقال له: ضع أنت ألف درهم عليها واشتر مالاً وفعل الآخر مثل ما قال له فتنعقد الشركة لكونه قبل معنى)

ركن شركة العقد الإيجاب والقبول لفظاً أو معنى. أما ركن شركة الملك فهو عبارة عن اختلاط أو خلط الأموال كما ذكر في شرح المادة (١٠٤٥) أي أن الشركة تنعقد بالإيجاب والقبول لأن شركة العقد هي أحد العقود الشرعية ويجب أن يكون لها ركن كالعقود الشرعية الأخرى «الدرر»

وتعبير «لفظاً أو معنى» الواردة هنا يعود على الإيجاب والقبول معاً (الطحطاوي) فلذلك يتصور أربع صور في ركن الشركة:

١ - إيجاب لفظاً وقبول لفظاً.

٢ - إيجاب معنى وقبول معنى.

٣ - إيجاب لفظاً وقبول معنى.

٤ - إيجاب معنى وقبول لفظاً

وتنعقد الشركة في الصورتين الأولى والثالثة من هذه الصور الأربع كما هو مبين في المثالين الآتي الذكر

وهذان الإيجاب والقبول يكونان بالألفاظ الدالة على الشركة ولا يشترط استعمال لفظ الشركة (البحر). أنظر المادة الثالثة.

مثلاً إذا أوجب أحد بقوله لآخر شاركتك بكذا درهماً رأس مال للأخذ والإعطاء في نوع تجارة خاصة كبيع الغلال أو في عموم التجارة وقبل الآخر بقوله قبلت فبما أفهما إيجاب وقبول لفظاً فتنعقد الشركة

وفي هذا المثال قد ذكر لفظ الشركة. وحذف المجلة المشتركة فيه هو بقصد التعميم والتعميم كما ذكر شرحاً إما أن يكون المشترك فيه نوعاً من أنواع التجارة أو يكون في عموم التجارة (الزيلعي)

ومعنى الأخذ والإعطاء، البيع والشراء إلا أنه يجوز عقد الشركة أيضاً على الشراء فقط وذلك لو قال أحد لآخر كل ما تشتريه في هذا اليوم من أنواع التجارة أو كل ما تشتريه من النوع الفلاني هو مشترك بيننا وأجابه الآخر بالإيجاب جاز لأن هذه المعاملة شركة في الشراء فهي جائزة وفي هذا الحال ليس لأحد الشريكين أن يبيع حصة المال المشترك بدون إذنه لأن الاشتراك على هذا الوجه هو اشتراك في الشراء فقط وليس في البيع (وإن قال إن اشتريت فرساً فهي بيني وبينك كان فاسداً فرق بين هذا وبين المسألة الأولى (أي ما اشتريت اليوم من أنواع التجارة فهو بيني وبينك) والفرق أن في المسألة الأولى ذاك شركة وهذا توكيل والتوكيل بشراء الفرس لا يجوز). (الولوالجية بتغيير ما والبحر)

الخلاصة: إن الشركة تكون إما في الأخذ والإعطاء أي في البيع والشراء أو في الشراء فقط وفي الصورة الأولى لكل شريك من الشركاء أن يبيع ويشتري الأموال العائدة للشركة. أما في الصورة الثانية فله الشراء وليس له بيع حصة شريكه بلا أمر

وإذا أعطى أحد ألف درهم لآخر وقال له: ضع أنت ألف درهم عليها واشتر كذا نوعاً مالاً وبعه على أن يكون الربح بيننا مشتركاً بكذا نسبة وفعل مثل ما قال له أي وضع أيضاً ألف درهم واشترى مالاً فيكون قد قبل معنى وفي هذه الصورة يكون قد وقع الإيجاب لفظاً والقبول معنى وانعقدت بينهما شركة عنان. أما صورة انعقاد شركة المفاوضة فقد ذكرت في المادة (١٣٦١) ولم يذكر هنا لفظ الشركة

ويفهم من المثال أنه يجب أن يضع الطرفان رأس مال، أما إذا قال أحدهما للآخر إقرضني ألف درهم حتى أتاجر بها ويكون الربح مشتركاً بيننا فأعطاه الآخر وتاجر بها وربح فيكون كل الربح المستقرض ولا يشاركه المقرض في هذا الربح كما ذكر في شرح المادة الآنفة (البحر)

وإذا وقع الإيجاب والقبول على الوجه المشروح تنعقد الشركة وتتم إلا أن اللائق أن ينظم

سند بها يذكر فيه مقدار رأس المال الذي وضعه كل واحد منهما وكيفية تقسيم الربح بينهما وهل لهما البيع والشراء منفرداً أو مجتمعاً وهل لكل منهما العمل برأيه وهل لهما البيع نقداً أو نسيئة وأن يبين تقسيم الضرر والخسار بنسبة رأس المال وأن يوضع تاريخ على السند ويصير الإشهاد عليه

وشروط عقد الشركة أيضاً أن يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل

فلذلك لا تصح الشركة في المباحات كالاصطياد والاحتشاش والتكدي لأن في هذه الأشياء يثبت الملك لمن يتشبث ويباشر سبب الملك (فتح القدير) وستجيء التفصيلات عن ذلك في شرح المادة (١٣٣٣)

المادة (١٣٣١) - (تنقسم شركة العقد إلى قسمين فإذا عقد الشركاء عقد الشركة بينهم بشرط المساواة التامة وأدخلوا مالهم الذي يصلح أن يكون رأس مال الشركة في الشركة وكانت حصصهم متساوية في رأس المال والربح تكون الشركة شركة مفاوضة فعليه إذا توفي أحد فلأولاده أن يعقدوا شركة مفاوضة باتخاذهم مجموع الأموال التي انتقلت إليهم رأس مال على أن يشتروا ويبيعوا كل نوع من الأموال وأن يقسم الربح بينهم على التساوي ولكن وقوع شركة كهذه على المساواة التامة نادرة وإذا عقدوا الشركة بدون اشتراط المساواة التامة تكون شركة عنان)

تنقسم شركة العقد إلى قسمين:

القسم الأول، شركة المفاوضة، القسم الثاني شركة العنان فإذا عقد الشركاء عقد الشركة بينهم بشرط المساواة التامة في التصرف في المال والربح ابتداء وبقاء وما سيذكر بعد ذلك هو في مقام إيضاح المساواة التامة فهو تصريح بما علم ضمناً. وأدخلوا جميع ما لهم أي جميع نقودهم التي تصلح أن تكون رأس مال للشركة وكانت حصصهم متساوية في قدر وقيمة رأس المال والربح فتكون شركة مفاوضة (الدر المنتقى)

والمفاوضة أما من التفويض بمعنى المساواة في كل شيء أو من الفيض بمعنى فاض الماء. والقياس عدم جواز هذه الشركة وقد قال بذلك الإمام مالك والشافعي رضى الله عنهما حيث قال لا نعلم ما هي المفاوضة. ووجه القياس هو أن المفاوضة تتضمن الوكالة المجهولة والكفالة المجهولة وبما أنها لا يجوزان على الانفراد فمن باب أولى عدم جوازهما عند الاجتماع (الشبلي) ولكن قد جوزت استحساناً ووجه الاستحسان الحديث الشريف القائل (فاوضوا فإنه أعظم للبركة) (الطحطاوي ومجمع الأنهر)

ويشترط أن تكون المساواة في الأمور الآتية كما أشير إلى ذلك شرحاً:

١ ـ المساواة في التصرف يعني أن يكون كل شريك من الشريكين مقتدراً على جميع ما يقتدر عليه الشريك الآخر من العمل لأنه إذا لم يكن بين الشريكين مساواة في التصرف بالشركة بأن لا يقدر أحدهما أن يتصرف بما يتصرف به الآخر فتفوت المساواة بينهما المشروط وجودها في المفاوضة (البحر) فلذلك لا يجوز عقد شركة المفاوضة بين الصبي والبالغ لأن البالغ مقتدر على التصرف بنفسه أما الصبي فغير مقتدر على التصرف بنفسه بل موقوف تصرفه على إذن وليه كما أن البالغ أهل للكفالة والصبي غير أهل لها (الزيلعي والبحر) والحال أن في الشركة المفاوضة يجب أن يكون الشريك الآخر مقتدراً على شراء الشيء الذي اشتراه الشريك الآخر لأن الشريك الآخر في البيع والشراء وكيل لشريكه المشتري أو بالبائع (الطحطاوي)

ويجوز عند الإمام أبي يوسف عقد المفاوضة بين المسلم وغير المسلم وإن لم توجد مساواة بين تصرفهم وذلك لأن لغير المسلم شراء الخمور والخنازير وليس للمسلم ذلك لأن المطلوب أن يكون الشريكان متساويين في الوكالة والكفالة فإذا ملك أحدهما بعد ذلك حقاً بزيادة التصرف فلا أهمية له.

كما أنه عند الشافعي والحنفي يجوز عقد شركة المفاوضة على متروك القسمة عمداً مع تفاوته في التصرف (البحر)

والمقصود من التساوي في التصرف أن يكون الشريكان مقتدرين على جمع التصرفات وليس أن يكون عدد بيع وشراء أحدهما مساوياً لعدد بيع وشراء الآخر لأنه يجوز أن يكون بيع وشراء أحدهما أكثر عدداً من الآخر

٢ ـ المساواة في المال يعني أن يدخلوا جميع أموالهم الصالحة لأن تكون رأس مال للشركة إلى الشركة وأن يتخذوها رأس مال وأن يكون هذا المال من حيث المقدار والقيمة متساوياً، فعليه لو كان لأحد الشركاء أو لجميعهم مال غير المال الذي اتخذوه رأس مال للشركة صالحاً لاتخاذه رأس مال للشركة فلا تحصل شركة المفاوضة. أما لو كان للشركاء مال كالعروض والعقار الذي لا يصلح لاتخاذه رأس مال للشركة وأخرج عن الشركة فلا يخل ذلك بشرط ذلك مساواة رأس مال (الطحطاوي)

قد شرط التساوي في رأس المال لأن لفظ المفاوضة دار على التساوي (الزيلعي)

والمساواة في رأس المال تكون تارة من حيث القدر والقيمة معاً كأن يكون رأس مال كل شريك مائة دينار وتارة من حيث القيمة وذلك أن يكون رأس مال أحدهما مائة دينار وأن يكون رأس مال الآخر ريالات فضية بقيمة المائة الدينار أي أنه إذا كانت النقود مختلفة وقيمتها متحدة فيجوز أن تكون رأس مال شركة مفاوضة على ظاهر الرواية لأنهما متحدا الجنس من حيث المعنى (البحر) وقد فصل ذلك في شرح المادة (١٣٨٣)

كما أنه يشترط في هذه الشركة المساواة التامة في الابتداء وفي الانتهاء أي في مدة البقاء فلذلك

إذا وجد حين عقد الشركة مال آخر للشركاء صالح لاتخاذه رأس مال للشركة أو وجد بعد العقد مال لهما بطريق الهبة أو الإرث فلا تكون شركة عنان إذا وجدت شرائط تلك الشركة (مجمع الأنهر)

٣ ـ أن يكون التساوي في الربح، فلذلك إذا شرط لأحد الشريكين مقدار من الربح أكثر من الآخر فتكون الشركة شركة عنان وبما أنه تشترط المساواة التامة في الربح بين الشريكين فما يلزم أحد الشريكين من حقوق التجارة يلزم الآخر كما أن كل ما يجب على أحد الشريكين يجب على الشريك الآخر وكل واحد منهما في مقام الوكيل فيما يجب على الآخر كما أنه كفيل فيما يجب على الآخر أيضاً (الطحطاوي)

قيل في المجلة «الذي أدخل إلى الشركة» ولم يذكر لزوم خلط رأس المال لأنه وإن لزم قياساً في شركة المفاوضة خلط رأس المال فهو غير لازم استحساناً فتجوز المفاوضة حتى في حال عدم خلط رأس المال أيضاً كما أنه لا يشترط في شركة المفاوضة تسليم المال أيضاً لأن الدراهم والدنانير لا تتعين في العقود[1]

فعليه إذا توفي أحد فلأولاده أن يعقدوا شركة مفاوضة باتخاذهم مجموع أمواله التي انتقلت إليهم من أبيهم الصالحة لاتخاذها رأس مال شركة رأس مال على أن يشتروا ويبيعوا كل نوع من الأموال وأن يقسم الربح بينهم على التساوي وبما أنه قد استعمل في هذه الفقرة تعبير كل نوع من الأموال فقد وجب إعطاء الإيضاحات عن ذلك. فقد ذكر في المادة (١٣٦٦) أنه يجوز عقد شركة العنان على عموم التجارة كما أنه يجوز عقدها على نوع خاص من أنواع التجارة كبيع الثياب أو البيض أو الزيوت. أما شركة المفاوضة فقد ذكر في بعض الكتب الفقهية كالهداية والزيلعي أنه يجب عقدها على عموم التجارة ولكن قد ذكر في البحر نقلاً عن شيخ الإسلام أنه يجوز عقد شركة المفاوضة على نوع خاص من التجارة (رد المحتار) فلذلك يكون قول المجلة «كل نوع من التجارة» قيداً احترازياً على القول الأول وقيداً وقوعياً على القول الثاني ومع ذلك فيمكن أن يقال: إن المجلة قد اختارت القول الأول لذكرها تعبير كل نوع من أنواع التجارة

ولكن وقوع شركة كهذه على المساواة التامة أي وقوع عقد شركة مفاوضة نادر إذ أن الشرائط التي يقتضي وجودها سواء ابتداء أو بقاء في شركة المفاوضة كثيرة ومن النادر إكمالها وعليه فهذا النوع من الشركة كالمعدوم في زماننا

وإذا عقدوا الشركة بدون اشتراط المساواة التامة على هذا الوجه تكون شركة عنان، هذا إذا كانت الشركة المذكورة جامعة للشرائط الواجب وجودها في شركة العنان

فلذلك إذا كانت المساواة التامة موجودة حين عقد الشركة أي كانت جميع شروط المفاوضة موجودة فانعقدت شركة المفاوضة ثم بعد مدة فقدت المساواة فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة عنان وذلك لو وهب أحد بعد عقد شركة المفاوضة وبعد إجراء المعاملة في الشركة مدة، لأحد الشركاء

(١) ويشترط حضور المال عند العقد لأن الشركة تتم بالشراء لأن الربح يحصل به (مجمع الأنهر)

المفاوضين مالاً صالحاً لاتخاذه رأس مال شركة ككذا دينار أو تصديق عليه بذلك فسلمه أياه أو وصل إلى يده مال وصية أو بطريق الإرث عن مورثه فتنقلب الشركة المذكورة إلى شركة عنان ولا يشترط في الإرث وصول المال إلى يد الشريك إذ أنه بمجرد وفاة مورثه يكون مالكاً للمورث فتختل شركة المفاوضة

عنان، بكسر العين وفتحها، بمعنى الظهور وهو بمعنى ظهور الشركة في بعض المال (رد المحتار)

ولا يشترط خلط رأس المال في شركة العنان كما لا يشترط ذلك في شركة المفاوضة، فلذلك لو كان لأحد مائة دينار ولآخر مائة ريال فضية وعقدا بذلك عقد شركة عنان واشتريا أولاً بالمائة الريال متاعاً ثم اشتريا بالمائة دينار متاعاً آخر وخسرا في أحد المتاعين وربحا في المتاع الآخر فيكون الربح والخسار حسب رأس مالهما لأن الربح في الشركة مستند على العقد وليس على المال فلذلك لا تشترط المساواة والإتحاد والخلط (رد المحتار والواقعات والبحر)

وقد عد بعض الكتب الفقهية كالبحر الأقسام الثلاثة الوارد ذكرها في المادة الآتية أقساماً، أولية والأقسام الواردة في هذه المادة أقساماً ثانوية فذكر أن الشركة تنقسم إلى ثلاثة أقسام، أولها: شركة الأموال، ثانيها: شركة الأعمال، ثالثها: شركة الوجوه. وينقسم كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة إلى قسمين، أولها: شركة المفاوضة. ثانيها: شركة العنان. ولذلك فأقسام عقد الشركة ستة أولاً إلى قسمين ثم أن كل قسم منهما إلى ثلاثة أقسام فيحصل من ذلك ستة أقسام أو أولاً تقسم إلى ثلاثة أقسام ثم تقسم الثلاثة أقسام إلى قسمين فتكون أيضاً ستة أقسام وعليه فيوجد اتحاد معنى في هذين التقسيمين

الشركات الأخرى. وقد حدث في هذا الزمان شركات أخرى بين التجار وبعض هذه الشركات يمكن إرجاعه إلى الشركات الواردة في المجلة والبعض منها لا يمكن إرجاعه إليها

المادة (١٣٣٢) - (تكون الشركة سواء كانت مفاوضة أو عناناً إما شركة أموال وإما شركة أعمال وإما شركة وجوه، فإذا وضع كل واحد من الشركاء مقداراً من المال ليكون رأس مال للشركة وعقدوا الشركة على أن يبيعوا ويشتروا معاً أو كل واحد على حدة أو مطلقاً وعلى أن يقسم ما يحصل من الربح بينهم تكون الشركة شركة أموال. وإذا عقدوا الشركة بأن جعلوا عملهم رأس مال على تقبل العمل من آخر أي تعهده والتزامه وعلى أن يقسموا الكسب الذي سيحصل أي الأجرة بينهم فتكون شركة أعمال، وتسمى أيضاً هذه الشركة شركة أبدان وشركة صنائع وشركة تقبل كاشتراك خياطين أو اشتراك خياط وصباغ. وإذا

عقدوا الشركة مع عدم وجود رأس مال لهم على أن يشتروا مالاً نسيئة على ذمتهم ويبيعوه وأن يقتسموا الربح الحاصل بينهم فتكون الشركة شركة وجوه)

تكون الشركة سواء كانت شركة مفاوضة أو كانت شركة عنان إما شركة أموال وإما شركة أعمال وإما شركة وجوه، وعليه فقد أصبحت أقسام الشركة ستة (الزيلعي) فإذا وضع كل واحد من الشركاء مقداراً من المال ليكون رأس مال للشركة وعقدوا الشركة على أن يبيعوا ويشتروا معاً أو يبيع ويشتري كل واحد منهم على حدة أو مطلقاً أي لم يذكر أن يكون البيع والشراء معاً أو على انفراد وعلى أن يقسم ما يحصل من الربح بينهم على وجه كذا تكون الشركة شركة أموال (الهندية)

ويجب أن لا يفهم من قول المجلة «فإذا وضع كل واحد من الشركاء مقداراً من المال» إن المال الآخر للشركاء الصالح لأن يكون رأس مال شركة خارج عن الشركة، وعليه فكما أن هذا التعبير يشمل شركة العنان يتناول أيضاً شركة المفاوضة، فلذلك إذا شرط في شركة الأموال هذه المساواة التامة فتكون شركة مفاوضة كما ذكر في المادة الآنفة وإلا فتكون شركة عنان

وإذا عقدوا الشركة بأن جعلوا عملهم رأس مال، ويشترط أن يكون هذا العمل حلالاً على تقبل العمل من آخر أي تعهده والتزامه كالتزام تخييط الثياب مثلاً وعلى أن يقسموا الكِسب ـ بكسر الكاف، وقد فسر الكسب بأجرة العمل إشارة للزوم قراءتها بالكسر ـ الذي سيحصل أي الإجرة بينهم فتكون شركة أعمال، وإذا نص في هذه الشركة على المفاوضة أو ذكرت جميع مقتضياتها ووجدت جميع شرائطها كاملة فتكون هذه الشركة شركة مفاوضة وتتضمن الوكالة والكفالة، وإذا أطلقت هذه الشركة أيضاً ـ أي هذه الشركة أيضاً ـ شركة أبدان حيث إن العمل يحصل بالأبدان في الأكثر، كما أنها تسمى شركة صنائع وشركة تقبل أي أن الشركة أربعة أسماء (رد المحتار)

وقد جوز هذا النوع من الشركة لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا يمكن بالتوكيل وذلك أن كل شريك من الشريكين وكيل في النصف وأصيل في النصف الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد (البحر)

إيضاح القيود:

١ ـ تقبل العمل محل العمل، لأن العمل عرض غير قابل للتقبل والالتزام، ولا يشترط أن ينص ويصرح على تقبل جميع الشركاء وعلى عملهم جميعاً حتى أنه يجوز عقد الشركة على أن يتقبل العمل أحد الشركاء وعلى أن يعمل الآخرون، وإذا عقدت الشركة على هذا الوجه فلكل واحد من الشركاء أن يتقبل العمل حتى الشريك المشروط عليه العمل. أنظر المادة (١٣٨٦). أما إذا نص وصرح في عقد الشركة أن يتقبل أحد الشركاء العمل وأن لا يتقبل الآخر كأن ينص أن لا يتقبل العمل الشريك الذي شرط عليه العمل فلا تجوز الشركة (رد المحتار).

٢ ـ وإذا عقدوا الشركة، أي أنه يجب أن يكون الشركاء قد عقدوا الشركة قبل تقبل العمل

فلذلك لو تقبل بضعة أشخاص عملاً عقد الشركة وقام آخر بالعمل فيأخذ القائم بالعمل حصته من الأجرة فقط.

مثلاً، إذا تقبل ثلاثة أشخاص عملاً قبل عقد الشركة ثم قام أحدهم بذلك العمل فيأخع القائم بالعمل ثلث الأجرة ولا يأخذ الإثنان إجرة ما لأنه لما كان لا يوجد عقد شركة بينهم فيلزم من نتيجة عقد الإيجار، على كل واحد ثلث العمل وله ثلث العمل وله ثلث الأجرة فإذا أوفى أحدهم كل العمل بنفسه فيكون متبرعاً في ثلثي العمل قضاء ولا يستحق الإجرة عن الثلثين (رد المحتار والولواجية في الشركة والبحر) أما ديانة فيجب على المستأجر أن يدفع بقية الاجرة للعامل لأن الظاهر من حالة العامل أنه قد قام بجميع العمل على أمل أن يدفع الاجرة فلا يليق أن يخيب ظنه وأمله هذا ولا سيما أن الغالب الفقر في أحوال العمال (الطحطاوي). أنظر شرح المادة (٥٦٣)

كاشتراك خياطين أو خياط وصباغ، يعني أنه لا يشترط اتحاد الأعمال والصنائع في شركة الأعمال فتجوز الشركة المذكورة في الأعمال المختلفة الجنس أيضاً كاشتراك الخياط والصباغ لأن المقصود من شركة التقبل هو الربح والفائدة وهذا لا يتفاوت باختلاف الأعمال ويكفي أن يكون العمل حلالاً

وكما يشترط اتحاد الصنعة كما بين آنفاً فلا يشترط أيضاً اتحاد المكان. فكما أن للشركاء أن يعملوا في حانوت واحد فلهم أيضاً أن يعملوا في حوانيت متعددة (رد المحتار)

وكما عقدوا الشركة مع عدم وجود رأس مال لهم على أن يشتروا نسيئة على ذمتهم ويبيعوه نقداً أو نسيئة وأن يقتسموا الربح الحاصل بينهم على وجه كذا فتكون الشركة شركة وجوه، وتسمى هذه شركة المفاليس، وبما أن اشتراء الناس الذين لهم رأس مال بالنسيئة يقتضي له أن يكون المشتري ذا جاه وشرف فلذلك سميت هذه الشركة شركة وجوه

وإذا وقتت هذه الشركة فهي صحيحة أيضاً، وعلى رواية لا يعتبر التوقيت، وعلى رواية أخرى غير معتبر وفاسد إلا أنه لا يفسد الشركة (البحر ورد المحتار وواقعات المفتين)

الفصل الثاني

(في بيان شرائط شركة العقد العمومية)

(أي في بيان الشرائط العامة لأنواع الشركة الستة)

المادة (١٣٣٣) - (يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة، وذلك أن كل واحد من الشركاء وكيل للآخر في تصرفه يعني في البيع والشراء وفي تقبل العمل من الغير بالأجرة فلذلك كما أن العقل والتمييز شرط في الوكالة فيشترط على العموم في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً)

يتضمن كل قسم من أقسام شركة العقد الستة الوكالة بالبيع والشراء ولا يصح أي نوع من أنواع الشركة بدون وكالة لأنها إذا لم تتضمن الوكالة بالشراء. فلا يمكن لأحد الشريكين أن يدخل مالاً إلى ملك الشريك الآخر لعدم ولاية أحدهما على الآخر وبذلك لا يحصل المقصود من الشركة في المشترى ويبقى المال المشترى غير مشترك ومختصاً بالمشتري (الزيلعي)

وبتضمن الشركة الوكالة فما يحصله أحد الشريكين يكون مشتركاً بينهما فيكون المحصل قد حصل النصف لنفسه بطريق الإصالة والنصف الآخر لشريكه بطريق الوكالة (الطحطاوي) وإذا لم تكن الشركة متضمنة الوكالة بالبيع فليس له بيع مال الشركة لآخر أنه ليس للآخر أن يتصرف في مال غيره بدون إذن منه أو ولاية عليه توفيقاً للمادة (٩٦). (الشبلي)

والوكالة المذكورة في شركة المفاوضة هي في نصف المشتري حصراً، أما في شركة العنان فتكون الوكالة في النصف أو في أزيد أو أنقص (الولوالجية). أنظر المادة (١٣٣١).

وذلك أن كل واحد من الشريكين في شركة الأموال وشركة الوجوه وكيل للآخر في تصرفه يعني في الشراء والبيع وفي شركة الأعمال في تقبل محل العمل من آخر بأجرة، فلذلك كما أن العقل والتمييز كما ذكر في المادتين (١٤٥٧ و١٤٥٨) شرط في الوكالة فيشترط على العموم في الشركة أن يكون الشركاء عاقلين ومميزين أيضاً كما يشترط في الموكل والوكيل. أنظر المادة (٩٥٧).

أما البلوغ فلا يشترط في شركة العنان، فلذلك للصبي العاقل المأذون أن يعقد شركة عنان. أنظر المادة (٩٧٦) والمعتوه المأذون هو في حكم الصبي المميز المأذون

أما إذا كانت الشركة شركة مفاوضة فالبلوغ شرط. أنظر المادة الآتية

وكذلك يجب أن يكون المعقود عليه في الشركة أي الشيء الذي عقدت الشركة عليه مما يصح التوكيل فيه سواء كانت الشركة عنان أو كانت شركة مفاوضة، فلذلك كما لا يصح التوكيل في إحراز الأشياء المباحة كالاحتطاب والاحتشاش واجتناء الأثمار من الجبال المباحة والاصطياد واستيفاء التكدي وإخراج المعادن وتحري الكنز المجهول وأعمال اللبن من الطين المباح ونقل التراب من الأرض المباحة ونقل الثلج فلا يصح أيضاً عقد الشركة على بيع ذلك لأن الوكيل ثابت للموكل وهو عبارة عن إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل قبل التوكيل وبما أن الوكيل يملك أخذ هذه المباحات بدون أمر الموكل كما جاء في المادتين (١٢٥٤ و١٢٥٥) فلا يكون الوكيل صالحاً لأن يكون نائباً عمن وكله وعليه فالمباشرة لسبب الملك في هذه المباحات يكون مالكاً لها (الفتح والزيلعي والبحر ورد المحتار والدرر والطحطاوي والشبلي) ولا يملكه الموكل

وإذا عقدت الشركة في هذه الأشياء على تلك الصورة فكل ما يحصله أحد الشريكين منها بدون انضمام عمل الآخر يكون له خاصة ولا يشترك فيه الآخر، وإذا حصله أحدهما وأعانه الآخر فيكون المال لمن حصله. والآخر حق أخذ أجر المثل ومقدار أجر المثل هذا يكون بالغاً ما بلغ عند الإمام محمد لأن المسمى مجهول والرضاء بالمجهول لغو وقد استوفى منافعه بعقد فاسد فله إجرة بالغاً

ما بلغ (الطحطاوي)

قيل «تقديم الفقهاء قول محمد يؤذن باختياره» سواء كانت الإعانة بعمل كالجمع والربط والقلع والحمل أو كانت بإعطاء آلة كالشبكة للصيد أو إعطاء حيوان للحمل. أما عند الإمام أبي يوسف فلا يتجاوز أجر المثل نصف قيمة المال يعني إذا كان أجر المثل معادلاً لنصف قيمة المال المتحصل أو أزيد منه فيعطى للمعين إجرة مقدار نصفه فقط ولا يعطى له أزيد من ذلك وإذا كان أجر مثله أقل من نصف قيمة ذلك المال فيعطى له ذلك المقدار ولا يعطى له أكثر من قيمة النصف لأن المعين قد رضي بنصف الثمن. وفي غاية البيان أن قول أبي يوسف استحساني (الطحطاوي).
وإذا حصل الشريكان معاً فيكونان مشتركين لأنهما متساويان في سبب الاستحقاق (البحر) وذلك إذا حصل الشريكان شيئاً من هذه الأموال المباحة ثم خلطاها وباعاها فينظر: فإذا كان معلوماً مقدار حصة كل واحد منهما أي مقدار ما حصله كل واحد إذا كان المحصل من المكيلات أو الموزونات فيقسم ثمن المبيع على مقدار كيل ووزن كل واحد منهما وإذا كان من القيميات فتقسم بحسب قيمتها. أنظر المادة (١٠٧٣)

وإذا كان مقدار ما حصله الشريكان غير معلوم فيقبل قول كل منهما حتى مقدار نصف المال الذي حصله لأنهما كانا متساويين في الإكتساب كما أن الظاهر من وجود الإكساب في يدهما هو الإشتراك مناصفة فظاهر الحال شاهد على ذلك فعليه يقبل قول كل شريك بالنصف لأن ظاهر الحال يصدقه ولا يقبل قول أحدهما فيما يزيد عن النصف بل يحتاج ذلك إلى الإثبات والبينة حيث أنه يدعى خلاف الظاهر (رد المحتار والبحر) أنظر المادة (٧٧)

سؤال ـ يلزم في الوكالة أن يكون الموكل به معلوماً كما جاء في المادتين (١٤٥٩ و١٤٦٨) فلا يصح التوكيل بشراء ثوب مثلاً وبما أن الموكل به في الأشياء غير معلوم فالوكالة فيها غير صحيحة ويجب أن لا تصح الشركة فيها لتضمنها وكالة غير صحيحة؟

الجواب ـ وإن يكن في الحقيقة أو الوكالة في المجهول غير جائزة قصداً إلا أنها جائزة ضمناً فتصح الشركة كما أن عقد المضاربة يتضمن الوكالة بالمجهول لأنها توكيل في شراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة فكذا هذا ولكن لما كانت الوكالة بالمجهول في المضاربة ضمنية فقد جازت. أنظر المادة (٥٤)

جواب آخر ـ إن الجهالة مفسدة للعقد فيما إذا كانت موجبة للمنازعة وبما أن الجهالة هنا غير مفضية للمنازعة فقد جازت (الزيلعي ورد المحتار والدرر والطحطاوي)

المادة (١٣٣٤) ـ (تتضمن شركة المفاوضة الكفالة أيضاً ولذلك فأهلية المتفاوضين شرط للكفالة أيضاً)

كما تتضمن شركة المفاوضة الوكالة كما ذكر في المادة الآنفة تتضمن الكفالة أي أن كل واحد

من الشريكين كفيل لمجموع الدين الذي يلحق الشريك الآخر من ضمان أمثال التجارة وليست الكفالة منحصرة في النصف (الولوالجية) أي يصير كل كفيلاً عن الآخر فيما لحقه من نحو ضمان التجارة والغصب والاستهلاك (مجمع الأنهر)

ولذلك فأهلية المتفاوضين شرط للكفالة أيضاً كما هي شرط للوكالة أي أنه يشترط أن يكونا عاقلين بالغين. أنظر المادة (٦٢٨)

إذ أنه بتضمن شركة المفاوضة للوكالة تتفرع منفعة وذلك أن ما يثبت لأحد الشريكين من منفعة في الشركة يثبت مثلها للشريك الآخر

كما أنه إذا لم تتضمن شركة المفاوضة الكفالة ينتج عنها مضرة وهي أن الدين الذي يترتب في ذمة الشريك يضمن جميعه الشريك الآخر بحسب الكفالة (الشبلي). أنظر شرح المادة (١٣٣٣).

وسيفصل في المادة (١٣٥٦) خصوص تضمن شركة المفاوضة الكفالة، ولذلك لا تجوز شركة المفاوضة بين صبيين ولو مأذونين بالتجارة كما أنه لا يجوز عقدهما بين صبي وبالغ لأن البالغ وإن كان أهلاً للكفالة فالصبي غير أهل بها ولو كان مأذوناً إذا كانت الكفالة بلا أمر هي تبرع ابتداء وانتهاء كما أن الكفالة بالأمر وإن كانت انتهاء مفاوضة إلا أنها تبرع ابتداء والصبي غير أهل للتبرع (الشبلي) أنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٦٧).

سؤال - وإن يكن أنه ليس في هذه الكفالة قبول من المكفول له إلا أنه حيث لا يشترط في صحة الكفالة قبول المكفول له كما جاء في المادة (٦٢١) فلا يرد سؤال من هذه الجهة ولكن لما كان يشترط في الكفالة معلومية المكفول له كما أشير إلى ذلك في المادة (١٦٣٩) وبما أنه في الكفالة في شركة المفاوضة غير معلوم المكفول له فيجب أن لا تصح الكفالة فيها؟

الجواب على ذلك على وجهين:

أولاً - أنه يجب معلومية المكفول له في حالة وقوع عقد الكفالة قصداً وبالذات. أما الكفالة التي تقع ضمن عقد الشركة فلا يجب فيها معلومية المكفول له. أنظر المادة(٢٤) (الدرر)

ثانياً - إن هذه الكفالة قد جوزت على خلاف القياس لتعامل الناس بها وفي مثل هذا يترك القياس كما في الاستصناع وبهذا الاعتبار تكون هذه المسألة من فروع المادة (٣٧). (الزيلعي بزيادة)

المادة (١٣٣٥) - (تتضمن شركة العنان الوكالة فقط ولا تتضمن الكفالة، فعليه إذا لم تذكر الكفالة حين عقدها فلا يكون الشركاء كفلاء بعضهم لبعض، ولذلك فللصبي المأذون عقد شركة العنان لكن إذا ذكرت الكفالة حين عقد شركة العنان يكون الشركاء كفلاء بعضهم لبعض)

تتضمن شركة العنان الوكالة فقط كما يستفاد ذلك من المادة (١٣٣٣) أيضاً، ولكنها لا تتضمن الكفالة وسبب تضمنها الوكالة قد بين في شرح المادة (الـ ١٣٣٣) وأما سبب عدم تضمنها الكفالة فهو أن ثبوت الكفالة في المفاوضة لضرورة المساواة بين الشركاء مع أن شركة العنان لا تقتضي ذلك (مجمع الأنهر). أنظر المادة (٢٢)

فعليه إذا لم تذكر الكفالة حين عقد شركة العنان بصورة خاصة فلا يكون الشركاء كفلاء بعضهم لبعض ولذلك فللصبي المأذون والمعتوه المأذون اللذين هما غير أهل للكفالة وأهل للوكالة فقط أن يعقدوا شركة عنان

لكن إذا ذكرت الكفالة أيضاً حين عقد شركة العنان وكان الشركاء أهلاً للكفالة فيكون الشركاء كفلاء بعضهم لبعض وفي هذا الحال إذا ذكر جميع شروط المفاوضة تكون الشركة المذكورة شركة مفاوضة. أنظر المادة الثالثة. أما إذا لم يذكر الكفالة فقط فلا تكون شركة مفاوضة بل تكون شركة عنان وكفالة وتصح لأن المعتبر في شركة العنان عدم اعتبارالكفالة لا اعتبارها، كما أنه يعتبر من الهبة عدم اعتبار العوض لا اعتباره. أنظر شرح المادة (٨٣٣) وعليه فتنعقد شركة العنان بالإيجاب والقبول وكفالة الشركاء بعضهم لبعض تكون عقداً آخر قدزيد على عقد الشركة

سؤال ـ قد ذكر في شرح المادة الآنفة أنه يشترط أن يكون المكفول له معلوماً في الكفالة، وبما أن المكفول مجهول هنا كما أن الكفالة قد عقدت أصالة فلا يكون الجواب الذي أتي به في المادة الآنفة جواباً على هذا السؤال؟

الجواب ـ بما أن الكفالة قد ذكرت في عقد الشركة فهي ثابتة تبعاً وضمناً للشركة ولا تكون ثابتة قصداً لأن الشركة غير منافية للكفالة بل مقتضية ولا تثبت في شركة العنان بلا ذكر وقد ذكر بعض الفقهاء أن الكفالة التي تشترط في شركة العنان غير صحيحة بسبب جهالة المكفول له وبكونها معقودة أصالة ولم تكن ضمناً وتبعاً إلا أن بعض الفقهاء الآخرين قال بصحتها وقد اختارت المجلة هذا القول (الدر المختار وتعليقات ابن عابدين على البحر)

المادة (١٣٣٦) ـ (يشترط بيان الوجه الذي سيقسم فيه الربح بين الشركاء، وإذا بقي مبهماً ومجهولاً تكون الشركة فاسدة)

يشترط بيان الوجه الذي سيقسم فيه الربح بين الشركاء، ويجب بيان الربح جزءاً شائعاً كما هو مذكور في المادة الآتية لأن المعقود عليه في الشركة هو الربح فإذا لم يبين فيكون المعقود عليه مجهولاً وجهالة المعقود عليه في الشركة تفسد العقد (الكفوي). ويجب في شركة المفاوضة بيان أن الربح يقسم على وجه المساواة بين الشركاء. أما في شركة العنان فيجوز ذكره متفاضلاً. أنظر المواد (١٣٣١ و ١٣٥٨ و ١٣٦٣) ولذلك إذا بقيت صورة تقسيم الربح مبهمة ومجهولة تكون الشركة فاسدة ويقسم الربح على الوجه المذكور في المادة (١٣٦٨). والحكم في كل شركة فاسدة على هذا الوجه (الهندية والطحطاوي)

وإبهام الربح أن يقال مردداً لك النصف أو الثلث من الربح ومجهوليته أيضاً عدم ذكر صورة التقسيم مطلقاً وعليه فلفظ المبهم والمجهول في هذه المادة مستعمل بمعنى آخر

المادة (١٣٣٧) ـ (يشترط أن تكون حصة الربح الذي بين الشركاء جزءاً شائعاً كالنصف والثلث والربع فإذا اتفق على أن يكون لأحد الشركاء كذا درهماً مقطوعاً من الربح تكون الشركة باطلة)

يشترط أن تكون حصة الربح الذي سيقسم بين الشركاء جزءاً شائعاً كالنصف والثلث والربع، وبتعبير آخر يجب أن لا يكون في تعيين الربح حال يقطع الشركة أي يجب أن يكون الربح أولاً: جزءاً فإذا شرط كل الربح لأحد الشركاء لا تصح الشركة، ثانياً: أن يكون شائعاً، فلذلك إذا اتفق على أن يكون لأحد الشركاء كذا درهماً مقطوعاً كمائة درهم من الربح وأن يكون باقية كاملاً للآخر أو مشتركاً تكون الشركة باطلة ويقسم الربح على الوجه المبين في المادة (١٣٦٨) لأنه من الجائز أن يحصل ربح أكثر من الربح الذي عين مقطوعاً ويحرم الشريك الآخر من الربح بالكلية فتنقطع الشركة في هذا الحال (رد المحتار والبحر)

وإن يكن أن الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط وتبقى الشركة صحيحة إلا أن بطلان الشركة هنا لم يكن ناشئاً عن الشرط الفاسد بل ناشئ عن وجود شرط ينفي الشركة كما بين آنفاً (البحر بزيادة)

وقد ذكر في هذه المادة أن الشركة التي تعقد بهذا الشرط باطلة إلا أنه ذكر في الكنز والملتقى أنها تكون فاسدة فقط

الفصل الثالث

(في بيان الشروط الخاصة بشركة الأموال)

الشروط الخاصة بشركة الأموال سواء كانت شركة الأموال شركة مفاوضة أو شركة عنان هي ثلاثة:

١ ـ الشرائط التي تعود على المعقود عليه، وهي أن يكون المعقود عليه قابلاً للشركة. أنظر المادة (١٣٣٣) وشرحها

٢ ـ الشرائط التي تعود على رأس المال، وهي أن يكون رأس المال من قبيل النقود وأن يكون عيناً

٣ ـ أن يكون رأس المال حاضراً عند الشراء وسيوضح الشرطان الأخيران في المادة (١٣٣٨) وشرح المادة (١٣٤١). (الولوالجية في الشركة).

ويخرج بقوله «شركة الأموال» شركة الأعمال وشركة الوجوه حيث إن كل واحدة من هاتين الشركتين تصح بلا مال فلذلك لزم اعتبار قيد الأموال (الطحطاوي)

المادة (١٣٣٨) - (يشترط أن يكون رأس المال من قبيل النقود)

فلذلك لا يصح عقد الشركة على الأموال التي هي من العروض والعقار والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة التي لا تعد نقوداً كما جاء في المادة (١٣٤٢). (البحر)

إن المادتين (١٣٣٩ و١٣٤٠) الآتيي الذكر لا تحتويان على شرط خلاف ما ذكر بل تفصلان وتوضحان هذه المادة كما أن المادة (الـ١٣٤٢) هي فرع لهذه المادة، وحيث قد ذكر في المادة (١٣٤١) الأصل والفرع فكان الأنسب أن يذكر مع هذه المادة المادة (١٣٤٢) كما أن المادتين (١٣٤٣ و١٣٤٤) تحتويان على أحكام متفرعة على هذه المادة

ويستفاد من ذكر النقود بصورة مطلقة أنها سواء كانت من جنس واحد أو من أجناس مختلفة أي أنه لا يشترط أن يكون رأس مال الشريكين من جنس نقود واحدة فكما يجوز أن يكون رأس مال الشركة من جنس نقود واحدة يجوز أيضاً أن يكون من نقود مختلفة الجنس كأن يكون رأس مال أحدهما ذهباً ورأس مال الآخر فضة لأن هذين في الثمن كالجنس الواحد إلا أنه إذا كانت الشركة شركة مفاوضة فيشترط أن يوجد تساو في القيمة في رأس المال المختلف الجنس أنظر شرح المادة (١٣٣٣).

وذلك لو وضع أحد الشريكين رأس مال ذهباً ووضع الآخر رأس مال فضة فيجب أن يكون الذهب الموضوع رأس مال بقية الفضة الموضوعة فإذا وجد تفاضل في القيمة فلا تصح شركة المفاوضة ولكن إذا تزايدت قيمة الدراهم والدنانير بعد عقد الشركة وقبل الشراء وفات التساوي فتنقلب الشركة المذكورة إلى شركة عنان. أما في شركة العنان فلا يلزم تساوي قيمة النقود المختلفة: أنظر المادة (١٣٦٥). (رد المحتار والولوالجية في الشركة)

ولا يشترط خلط رأس المال يعني سواء كانت الشركة شركة مفاوضة أو شركة عنان فلا يكون خلط رأس المال أمراً لازماً لأن الشركة في الربح هي مستندة على العقد وليس على خلط رأس المال (الطحطاوي). أنظر شرح المادة (١٣٣١)

المادة (١٣٣٩) - (المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة عرفاً من النقود)

لأن المسكوكات النحاسية هي أثمان اصطلاحاً فتأخذ حكم النقود فما لم يحصل اصطلاح خلافه فتعد وتصلح أن تكون رأس مال للشركة وقد كانت السكة النحاسية حين نشر هذا الكتاب رائجة وكانت تعد نقوداً حسب عرف ذلك الزمن إلا أنه قد منع رواجها مؤخراً واصطلح على عكسه أي على عدم اعتبارها نقوداً فأصبحت السكة النحاسية في زماننا من قبيل العروض. أنظر

المادة (٣٩). (البحر ومجمع الأنهر ورد المحتار)

وتحرر هذه المادة في زماننا على الوجه الآتي: (المسكوكات النيكلية الرائجة معدودة عرفاً من النقود)

المادة (١٣٤٠) - (إذا كان من المعروف والمعتاد بين الناس التعامل بالذهب والفضة الغير المسكوكين فيكونان في حكم النقود وإلا ففي حكم العروض)

إذا كان من المعروف والمعتاد بين الناس التعامل بالذهب والفضة الغير المسكوكين أي الغير لمضروبين أي استعمالهما مقام النقود ويسميان نقرة وهي القطعة المذابة من المذهب والفضة فيكونان في حكم النقود المضروبة والمسكوكة ويكون التعامل بهما بمنزلة الضرب وتصلح أن تكون ثمناً ورأس مال (البحر والمجمع الأنهر) أي أن هذين يصلحان لأن يكونا رأس مال شركة

والتبر كالنقرة أيضاً أي إذا كان يوجد عرف وعادة بالمعاملة بالتبر فهو في حكم النقود أيضاً

والتبر هو الذهب والفضة المستخرج من معدنهما ولم يسك بعد (الطحطاوي)

الخلاصة: إن الذهب والفضة ثلاثة أنواع: (١) المضروب (٢) النقرة (٣) التبر. فالأول يكون رأس مال شركة على كل حال والثاني والثالث يكونان رأس مال شركة إذا كان يوجد عرف وعادة في استعمالهما بين الناس في استعمالهما أما إذا لم يوجد عرف وعادة في استعمالهما بين الناس فهما في حكم العروض لأنه وإن كان هذان الشيئان قد خلقا في الأصل للتجارة إلا أن ثمنيتهما مختصة بالضرب المخصوص فإذا ضربا على هذا الوجه فلا يصرف إلى شيء آخر ظاهراً (البحر) وفي هذا الحال لا يكونان رأس مال شركة. أنظر المادتين(٣٦ و ٣٧)

الخلاصة: إن كل بلدة يوجد فيها عرف وعادة بإجراء المعاملة بالتبر فالتبر فيها في حكم النقود، ولا يتعين في العقود ويكون رأس شركة وكل بلدة ليس فيها عرف وعادة باستعمال التبر نقوداً فالتبر فيها في حكم العروض ويتعين بالتعيين في العقود ولا يكون رأس مال شركة (الطحطاوي ورد المحتار) لأنه كما جاء في شرح المادة (٣٦) يثبت الحكم الخاص بالعرف الخاص ولا يثبت بذلك الحكم العام

وفي زماننا غير معتاد استعمال الذهب والفضة الغير المضروبين في البيع والشراء والمعاملات التجارية، فلذلك لا يكونان في زماننا رأس مال للشركة

المادة (١٣٤١) - (يشترط أن يكون رأس مال الشركة عيناً ولا يكون ديناً، أي لا يكون المطلوب من ذمم الناس رأس مال للشركة. مثلاً ليس لإثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة، وإذا كان

رأس مال أحدهما عيناً والآخر ديناً فلا تصح الشركة أيضاً)

يشترط أن يكون رأس مال الشركة عيناً أو غير دين وأن لا يكون مالاً غائباً فلذلك لا يكون الدين أي المطلوب من ذمم الناس رأس مال لشركة المفاوضة أو العنان لأنه لا يمكن بالدين شراء المال وبيعه والربح من ذلك أي لا يمكن إجراء مقتضى الشركة لأن الدين لا يملك لغير من عليه الدين فلا يمكن أن يشتري مال من عمرو مقابل الدين المطلوب من زيد مثلاً.

مثلاً ليس لإثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة. وإذا كان رأس مال أحدهما عيناً والآخر ديناً فلا تصح الشركة أيضاً. وكذلك يشترط أن يكون رأس المال حين عقد الشراء حاضراً أي غير غائب ولا يشترط حضوره عند عقد الشركة وإذا كان رأس المال غائباً عن المجلس وكان مشاراً إليه فتصح الشركة وذلك لو أعطى أحد لآخر ألف درهم وقال له: ضع فوق هذا المبلغ ألف درهم وبع واشتر على أن يكون الربح بيننا مناصفة فإذا لم يكن حاضراً مال الآخر وقت الشركة وكان ذلك المال موجوداً في غير مجلس العقد وأحضره وقت الشراء فتتم الشركة (رد المحتار والبحر)

المادة (١٣٤٢) - (لا يصح عقد الشركة على الأموال التي ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار، أي لا يجوز أن تكون هذه رأس مال للشركة، ولكن إذا أراد إثنان اتخاذ أموالهما التي لم تكن من قبيل النقود رأس مال للشركة فبعد أن يحصل اشتراكهما ببيع كل واحد منهما نصف ماله للآخر فلهما عقد الشركة على مالهما المشترك هذا، وكذلك لو خلط إثنان مالهما الـذي هو من المثليات ومن نوع واحد كمقدارين من الحنطة مثلاً ببعضه فحصلت شركة الملك أن يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال للشركة ويعقدا عليه الشركة)

لا يصح عقد شركة المفاوضة أو العنان على الأموال التي ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار. أنظر المادة (١٣٣٨) لأن الشركة في هذا الحال ربح ما لم يضمن . وبتعبير آخر ربح بدون مقابل وهذا منهيّ عنه من طرف صاحب الشريعة النبي الكريم ﷺ. ولنوضح هذا بمثال وهو: لو عقدت شركة بأن اتخذ زيد داره وعمرو حديقته رأس مال للشركة فإذا اعتبرت صحة هذه الشركة وباع زيد داره بمائة وخمسين ديناراً وباع عمرو حديقته بمائة دينار فيكون نصف الخمسين دينار فضلة ثمن دار زيد لعمرو مع أن عمراً لم يقدم مقابلاً لاستحقاق أخذ هذا المبلغ ولم يسبق منه عمل كما أن أول تصرف في العروض هو البيع وفي النقود الشراء كما أنه يجوز أن يبيع أحد ماله على أن يكون آخر شريكاً له في الثمن أي أنه لا تصح المقاولة على الاشتراك في الثمن. أما لو اشترى أحد مالاً بنقوده على أن يكون المشترى مشتركاً بينه وبين آخر فهو جائز.

والعروض جمع عرض كما ذكر في المادة (١٣١) وقد جاءت هناك بمعنى المال من غير النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات. أما هنا فقد جاءت بمعنى غير النقود والعقار كالمتاع والقماش والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة قبل الخلط أيضاً.

أي لا يجوز أن تكون هذه رأس مال للشركة (مجمع الأنهر) ولكن يجوز أن تكون هذه رأس مال للشركة في صور ثلاث:

١ ـ إذا أراد إثنان اتخاذ أموالهما التي لم تكن من قبيل النقود ـ أي أموالهما التي هي من قبيل العروض والعقار ـ رأس مال للشركة فبعد أن يحصل اشتراكهما شركة ملك يبيع كل واحد منهما نصف ماله للآخر فلهما عقد شركة أموال على مالهما المشترك هذا.

٢ ـ إذا كان المال الذي هو من قبيل العروض والعقار ملكاً لأحد فإذا باع نصفه لآخر فلهما أن يعقدا الشركة على مالهما المشترك هذا (رد المحتار).

٣ ـ إذا كان المال هو من قبيل العروض والعقار مشتركاً في الأصل بين إثنين فلهما أن يعقدا الشركة على مالهما المشترك هذا.

ويبين في هذه الفقرة طريق صحة الشركة في العروض والعقار أي أن فساد عقد الشركة في العروض ليست لذاتها بل لأنها مستلزمة لأمرين باطلين، أحدهما: ربح ما لم يضمن، وثانيهما: جهالة رأس مال كل منهما عند القسمة، وفي هذا الحال أي في حالة الخلط ينتفي هذان الأمران (البحر) ولذلك تصح الشركة سواء كانت شركة عنان أو مفاوضة فإذا حصلت شركة الملك بينهما بسبب الملك المذكور فلا يكون لأحدهما أن يتصرف في حصة الآخر بدون إذن الشريك. أنظر المادتين (٩٦ و١٠٧٥).

ولكن لكل شريك من الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه مستقلاً بعد حصول شركة العقد بينهما بسبب العقد. أنظر المادة (١٣٣٣) (رد المحتار والطحطاوي بزيادة).

قيل: «بيع كل منهما نصف ماله» ولا يشترط في بيع النصف بالنصف أن يكون المالان متساويين في القيمة فيجوز بيع النصف بالنصف برضاء الطرفين حتى لو كانت قيمة المالين متفاوتة كما أنه لو كان المالان متساويين فيجوز في غير الأموال الربوية أن لا يباع النصف بالنصف بل يباع النصف بالربع. وفي هذه الصورة فيكون تعبير بيع النصف بالنصف قيداً لازماً بالنسبة لشركة المفاوضة لأن شرط المفاوضة التساوي بخلاف شركة العنان. أما بالنسبة لشركة العنان فهو قيد غير لازم وإنما هو قيد وقوعي (البحر). فلذلك لو كانت قيمة عروض أحد أربعمائة درهم وعروض الآخر مائة درهم فباع صاحب الأقل أربعة أخماس عروضه مقابل خمس عروض صاحب الأكثر فتكون عروض كليهما مشتركة بينهما أخماساً كما أن الربح يكون أخماساً وحينئذ تكون عناناً لا مفاوضة أي أنه تكون أربعة أخماس لصاحب الأكثر وخمس لصاحب الأقل (رد المحتار).

قيل في المجلة «بيعه لآخر» وهذا البيع يكون على وجهين:

١ ـ يكون البيع مقابل الثمن، وذلك لو باع أحدهما نصف ماله لآخر بنقود ثم عقد الشركة جاز.

٢ ـ أن يبيع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر مقايضة، فإذا عقدا الشركة بعد ذلك على المال المشترك فيجوز، وبيان المجلة يشمل هاتين الصورتين (الدر المنتقى بإيضاح وزيادة).

فلذلك لا تكون المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة رأس مال للشركة لأن هذه تتعين بالتعيين وتنزيل منزلة العروض (مجمع الأنهر) ولكن يجوز اتخاذ هذه الأشياء رأس مال شركة بعد خلطها وذلك أن يخلط إثنان مالهما الذي هو من المثليات ومن نوع واحد كمقدارين من الحنطة مثلاً بعضه ببعض فحصلت شركة الملك فلهما أن يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال للشركة ويعقدا عليه الشركة لأن هذه الأشياء من وجه ثمن باعتبار أنها تثبت في الذمة ديناً ويؤخذ في مقابلها مال ومن وجه آخر عروض وذلك أن هذه الأشياء تتعين بالعقد بالتعيين فيعمل في الحالين بالشبيهين فإذا خلط تعتبر ثمناً وإذا لم تخلط فتعتبر عروضاً بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال (مجمع الأنهر).

ويشار بقول المجلة «من نوع واحد» بأن المخلوط إذا لم يكن من نوع واحد بل كان مختلفاً فلا تحصل شركة العقد لأن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال مع أن المخلوط من جنسين من ذوات القيمة فتحصل فيه الجهالة كما في العروض، وبما أن الشركة لا تصح في ذلك فحكم الخلط فيه كحكم خلط الوديعة (مجمع الأنهر).

فلذلك لو كان لأحد مقدار من الحنطة وللآخر مقدار من الشعير وخلطا المقدارين فلا تحصل بينهما شركة عقد بل تحصل بينهما شركة ملك (رد المحتار).

ويشار بقوله «من المثليات» أنه إذا خلطا مالهما الذي هو من القيميات كالعدديات المتفاوتة ثم عقدا الشركة فتصح (مجمع الأنهر).

وهذه الفقرة هي على مذهب الإمام محمد، أما عند أبي يوسف فلا يصح عقد الشركة بخلط الأموال وحصول شركة الملك فيها لأن هذه الأشياء مما تتعين بعد الخلط بالتعيين ولا يصلح المال الذي يتعين بالتعيين لاتخاذه رأس مال للشركة.

وثمرة الخلاف تظهر في هذا وهو: إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرطا التفاضل في الربح فهذا الشرط صحيح عند الإمام محمد أما عندالإمام أبي يوسف فغير صحيح ويقسم الربح بالتساوي لأن الربح بمقدار الملك (مجمع الأنهر).

المادة (١٣٤٣) ـ (إذا كان لأحد برذون ولآخر سرج واشتركا على أن يؤجراهما وما يحصل من أجرتهما يقسم بينهما فتكون الشركة فاسدة وتكون الأجرة

الحاصلة لصاحب البرذون ولا يكون لصاحب السرج حصته من الأجرة لكون السرج دخيلاً وتابعاً للبرذون ولكن يأخذ صاحب السرج أجرة مثل سرجه)

شركة المنافع كالعروض فعليه كما لا تكون العروض رأس مال للشركة كما في المادة الآنفة لا تكون المنافع أيضاً رأس مال للشركة. ويتفرع عن ذلك مسائل وهي:

المسألة الأولى ـ إذا كان لأحد برذون ولآخر سرج أو أكياس واشتركا على أن يؤجراهما وما يحصل من اجرتها يقسم بينهما مناصفة مثلاً فتكون الشركة فاسدة وتكون كل الاجرة الحاصلة لصاحب البرذون ولايكون لصاحب السرج أو الأكياس حصة من الإجرة لكون السرج أو الأكياس دخيلاً وتابعاً للبرذون ولكن يأخذ صاحب السرج أو الأكياس اجرة مثل سرجه أو أكياسه بالغة ما بلغت ولا تقسم الاجرة بينهما بنسبة اجرة مثل البرذون واجرة مثل السرج أو الأكياس

قيل في هذه المسألة «على أن يؤجراهما» لأنه لو اشترط إثنان على أن يعمل أحدهما بحيوانه ويعمل الآخر بأدواته كالسرج والأكياس ويتعهدا نقل الأحمال فالشركة صحيحة وتقسم بينهما حسب شروطهما ولا يكون ذلك إجرة للحيوان أو للسرج أو الأكياس. أنظر المادة (١٣٨٥) (الهندية والبحر وتعليقات ابن عابدين عليه)

المسألة الثانية ـ لو سلم أحد سفينته وأدواتها إلى أربعة أشخاص آخرين على أن يستعملوا هذه السفينة مع أدواتها وعلى أن يكون خمس الحاصلات لصاحب السفينة والأربعة أخماس للشركاء الأربعة بالسوية فتكون الشركة فاسدة فإذا عمل هؤلاء على هذا الوجه فتكون الحاصلات لصاحب السفينة وبأخذ الآخرون أجر المثل (واقعات المفتين)

المسألة الثالثة ـ لو سلم أحد حيوانه لآخر على أن يؤجره وتكون الاجرة مشتركة بينهما وعقدا الشركة على ذلك فتكون الشركة فاسدة فإذا أجر ذلك الشخص الحيوان فتكون الاجرة لصاحب الحيوان وللآخر أخذ أجر مثل عمله (الهندية) والحكم في السفينة والبيت على هذا الوجه (مجمع الأنهر)

المسألة الرابعة ـ إذا كان حيوان مشاركاً بين إثنين وعقدا الشركة على أن يؤجر أحدهما الحيوان ويعمل عليه وأن تقسم الحاصلات بينهما أثلاثاً ثلثاها للشريك العامل وثلثها للشريك الآخر فالشركة فاسدة وتقسم الحاصلات بينهما بحسب حصصهما في الحيوان للشريك العامل فيما يعمل وهو لغيرهما (رد المحتار)

المسألة الخامسة ـ لو كان لأحد بعير وللآخر برذون واشتركا على تأجير الحيوانين واكتساب الاجرة الحاصلة مناصفة بينهما لا تصح الشركة، وفي هذه الصورة يوجد احتمالات ثلاثة:

١ ـ أن يؤجر كل منهما حيوانه وفي هذا الحال تكون اجرة حيوانه له

٢ ـ أن يؤجرا حيوانيهما صفقة واحدة وأن يشترطا عملاً منهما وفي هذه الصورة يقسم الأجر

المسمى بنسبة أجر مثل الحيوانين.

٣ ـ أن يؤجر كل منهما حيوانه وأن يشترطا العمل بالحيوانين بأن يسوقاهما معاً أو يسوقهما أحدهما ويحملهما الآخر الأحمال وفي هذا الحال تقسم الاجرة بنسبة أجر مثل الحيوانين وأجر مثلهما ويأخذ كل منهما حصته على هذا الوجه.

المسألة السادسة ـ إذا كان لأحد بغل ولآخر قربة وتقاولا على أن يشتغلا بالسقاية لا يصح، وفي هذا الحال تكون الاجرة للسقاء ويأخذ الآخر أجر مثل بغله، هذا إذا كان السقاء صاحب القربة أما إذا كان السقاء صاحب الحيوان فأجر الآخر أجر مثل القربة.

المسألة السابعة ـ لو كان لأحد شبكة فأعطاها لآخر على أن يصطاد بها سمكاً ويكون السمك المصطاد مشتركاً بينهما فالشركة فاسدة والصيد للصائد وللآخر أخذ اجرة مثل شبكته (البحر)

المسألة الثامنة ـ ستأتي في المادة الآتية:

المادة (١٣٤٤) ـ (إذا اشترك إثنان على أن يحمل أحدهما أمتعته على دابة آخر للجوب بها وبيعها على أن يكون الربح بينهما مشتركاً فتكون الشركة فاسدة ويكون الربح الحاصل لصاحب الأمتعة ويأخذ صاحب الدابة أجر دابته أيضاً. والدكان كالدابة فلو اشترك إثنان على أن يبيع أحدهما أمتعته في دكان الآخر وأن يكون الربح مشتركاً بينهما فتكون الشركة فاسدة ويكون ربح الأمتعة لصاحبها ويأخذ صاحب الدكان أجر مثل دكانه أيضاً).

إذا اشترك إثنان على أن يحمل أحدهما أمتعته على دابة الآخر للجوب بها وبيعها على أن يكون الربح بينهما مشتركاً على وجه كذا فتكون الشركة فاسدة توفيقاً للمادة (١٣٤٢) حيث إن رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة ويكون الربح الحاصل لصاحب الأمتعة لأن هذا الربح هو بدل ملك صاحب الأمتعة.

ويأخذ صاحب الدابة أجر مثل دابته أيضاً لأن صاحب الدابة لم يرض بتمليك منفعة دابته بلا عوض ولا يختلف الحكم في هذا فيما لو كانت الدابة معدة للاستغلال أو غير معدة أي أنه يلزم أجر المثل في كلتا الحالتين.

والدكان كالدابة فلو اشترك إثنان على أن يبيع أحدهما أمتعته في دكان الآخر وأن يكون الربح مشتركاً بينهما فتكون الشركة فاسدة ويكون ربح الأمتعة لصاحبها حيث أنه بدل ملكه ويأخذ صاحب الدكان أجر مثل دكانه من صاحب الأمتعة أيضاً.

المسألة التاسعة ـ لو سلم أحد دجاجه أو بقرته لآخر لتربيتها وإعاشتها وعلى أن يكون نتاجها

مشتركاً فتكون حاصلات البقر أو الدجاج لصاحبها ويأخذ الآخر بدل علفه وأجر مثل عمله أيضاً

المسألة العاشرة - لو سلم أحد لآخر بيض دود القز على أن يعمل بها ويربيها بورق التوت وأن يكون الحرير الحاصل منها مشتركاً بينهما فالشركة فاسدة ويكون دود القز لصاحب الشرانق ويأخذ الآخر بدل ورق التوت وأجر مثل عمله. أنظر المادة (١٢٤٦).

كذلك لو عقد الشركة على أن تكون الشرانق وورق التوت من أحدهما والعمل من آخر أو من كليهما فالشركة فاسدة ويكون الحرير لصاحب الشرانق ويكون للآخر حق أخذ اجرة مثل عملة. أما إذا عقدا شركة على أن تكون الشرانق والعمل من كليهما فالشركة صحيحة ولو لم يعمل صاحب ورق التوت.

والحيلة في جواز الشركة في هذه الأشياء هي أن يبيع صاحب البقرة أو الدجاج أو دود القز نصفها بثمن معلوم لآخر وفي هذا الحال تصبح الحاصلات مشتركة بين الإثنين مناصفة بسبب الملكية (الهندية). أنظر المادة (١٠٧٣).

الفصل الرابع

(في بعض الضوابط المتعلقة بعقد الشركة)

المادة (١٣٤٥) - (يتقوّم العمل بالتقويم، أي أن العمل يتقـوّم بتعيين القيمة، ويجوز أن يكون عمل شخص أكثر قيمة بالنسبة إلى عمل شخص آخر. مثلاً إذا كان رأس مال الشريكين في شركة عنان متساوياً وكان مشروطاً عمل كليهما فإذا شرط لأحدهما حصة زائدة في الربح جاز، لأنه يجوز أن يكون أحدهما أكثر مهارة من الآخر في البيع والشراء وعمله أزيد وأنفع)

يتقوّم العمل بالتقويم، أي أن العمل يتقوم بتعيين القيمة. وبتعبير آخر: إذا رضي الشركاء بتقدير قيمة العمل بمقدار معين فيكون للعمل تلك القيمة ويصح تقويم العمل القليل بالمال الكثير كتأجير أحد ماله لآخر بدل أكثر من أجر مثله وكبيع أحد ماله لآخر بثمن أكثر من قيمته الحقيقية (الطحطاوي بزيادة) ويجوز أن يكون عمل شخص أكثر قيمة بالنسبة إلى عمل شخص آخر في نفس الأمر أو في عقد مقاولة الشركة (رد المحتار).

مثلاً: إذا كان رأس مال الشريكين في شركة عنان متساوياً وكان مشروطاً عمل كليهما على التساوي فإذا شرط لأحدهما حصة زائدة من الربح جاز وتكون هذه الزيادة للشريك المشروط له مقابل كون عمله أزيد في القيمة من عمل الآخر ومقابل مهارته في البيع والشراء لأنه يجوز أن يكون أحدهما أكثر مهارة من الآخر في البيع والشراء وعمله أزيد وأنفع ولا تكون زيادة الربح ربحاً ما لم يضمن أي حيث لا يوجد أحد الأمور الثلاثة الوارد ذكرها في المادة (١٣٤٨) فلا يقال بعدم

استحقاق الزيادة في الربح.

ولا يجب أن يكون الشريك المشروط له زيادة من الربح أكثر مهارة من الشريك الآخر حقيقة وفي نفس الأمر حتى يستحق الزيادة في الربح كما ذكر آنفاً فيستحق زيادة في الربح ولو لم يكن أكثر مهارة من شريكه ما دام أن شريكه قد قبل بأن قيمة عمله أزيد من قيمة عمل نفسه ويستحق الزيادة. وتفصيل هذه المادة سيرد في المادة (١٣٧١).

مستثنى - وسيبين في المادة (١٤٠٢) أنه لا يصح في شركة الوجوه أن يشترط لأحد الشركاء زيادة في الربح.

المادة (١٣٤٦) - (ضمان العمل نوع من العمل، فلذلك إذا تشارك إثنان شركة صنائع بأن وضع أحد في دكانة آخر من أرباب الصنائع على أن ما يتقبله ويتعهده هو من الأعمال يعمله ذلك الآخر وأن ما يحصل من الكسب أي الاجرة يقسم بينهما مناصفة جاز، وإنما استحقاق صاحب الدكان الحصة هو بضمانة العمل وتعهده أياه كما أنه ينال في ضمن ذلك أيضاً منفعة دكانه)

ضمان العمل أي تقبل العمل نوع من العمل، وعلى ذلك فضمان العمل سبب لاستحقاق الاجرة أيضاً كالعمل أي أنه كما جاز تقدير قيمة زائدة لعمل أحد الشريكين باتفاقهما وتزييد حصة أحدهما في الربح فيجوز أيضاً تعيين قيمة لضمان العمل باتفاق الشريكين أيضاً ويكون من نتيجة ذلك جواز شرط ربح للشريك الذي ضمن العمل مقابل ضمانه هذا، فلذلك إذا تشارك إثنان شركة صنائع بأن وضع أحد في دكان آخر من أرباب الصنائع على أن ما يتقبله ويتعهده هو من الأعمال يعمله ذلك الآخر وأن ما يحصل من الكسب أي الأجرة يقسم بينهما مناصفة جاز استحساناً لأن يكون أحياناً صاحب الدكان ذا جاه واحترام، ولكنه غير حاذق في العمل فلذلك يمكنه أن يضع عاملاً حاذقاً في دكانه ليقوم بالعمل وبهذه الصورة يستفيد أحدهما من وجاهته والآخر من حذقه.

وفي هذه المادة عقد شركة تحتوي على التقبل من أحد الشريكين والعمل من الشريك الآخر (الهندية قبيل الباب الخامس من الشركة) وتقبل صاحب الدكان عمل أيضاً والقياس عدم جواز هذا النوع من الشركة لأن صاحب الدكان يكون قد استأجر صاحب الصنعة بنصف الاجرة التي ستحصل من عمله وهي مجهول فصار كقفيز الطحان (الدرر) ولا سيما ففي هذه الشركة عمل من أحدهما ودكان من الآخر أي محل. أنظر المادة (١٣٤٤).

وإنما استحقاق صاحب الدكان نصف الحصة هو بضمانة العمل وتعهده إياه كما أن استحقاق صاحب العمل نصف الحصة هو بعمله كما أنه ينال صاحب الدكان في ضمن ذلك أيضاً منفعة

دكانه والظاهر أن هذه المنفعة هي نصف حصة الربح التي سيأخذها من الشركة وليس معناه أن يؤجر دكانه لصاحب العمل وأنه بدل إيجارها لأنه لا يلزم في هذا الإيجار بدل إيجار. أنظر المسألة الواردة في شرح المادة (الـ ٤٧٧) المنقولة عن البزازية وانظر المادة الآنفة.

فإذا عقدت الشركة على الوجه المبين في هذه المادة فكما لصاحب الدكان تقبل العمل فللعامل أي للشريك المشروط عليه العمل أن يتقبل ويتعهد العمل أيضاً لأن الشركة تتضمن الوكالة حتى أنه لو شرط في الشركة عدم تقبل العامل لا تصح لأنه إذا سكت في عقد الشركة عن ذكر تقبل العامل فالسكوت الواقع يثبت حق التقبل للعامل اقتضاء فيثبت حق تقبله أما إذا نفى التقبل فلا يثبت التقبل اقتضاء وبنفي التقبل لا تبقى الوكالة التي لا بد من وجودها في الشركة يعني في حال نفي التقبل تنعدم الوكالة التي لا بد من وجودها في الشركة ولذلك تكون الشركة غير صحيحة.

واقتدار صاحب الدكان على عمل الأشياء التي يتقبلها أو عدم اقتداره سيان أي أن له أن يتقبل الأعمال سواء كان قادراً على عملها أو غير قادر (رد المحتار بزيادة). أنظر شرح المادة (١٣٣٢).

إن هذه المادة هي قسم من المادة الآتية فكان من اللازم أن لا تذكر على حدة.

المادة (١٣٤٧) - (يكون الاستحقاق للربح أحياناً بالمال أو بالعمل وأحياناً أيضاً بالضمان (بحكم مادة ٨٥) فلذلك يستحق في المضاربة رب المال للربح بماله والمضارب بعمله. وإذا وضع أحد من أرباب الصنائع تلميذاً عنده وأعمله فيما تقبله وتعهده من العمل بنصف أجرته جاز والكسب أي الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل كما يستحق التلميذ نصفها بعمله يستحق الأستاذ نصفها الآخر بضمانة العمل وتعهده إياه)

يكون الاستحقاق للربح أحياناً بالمال في شركة الأموال أو العمل كما في شركة الأعمال وأحياناً أيضاً بالضمان بحكم المادة (الـ ٨٥) بموجب القاعدة «تقع الشيء مقابل ضمان» والاستحقاق في شركة الوجوه يكون الضمان (البحر) وقد استحق الشريكان في المادة الآنفة للربح أحدهما بالضمان والآخر بالعمل.

فلذلك يستحق في المضاربة رب المال للربح بماله والمضارب بعمله كما سيبين في المادتين (١٤٢٥ و ١٤٢٦) وهذا المثال مثال لاستحقاق الربح بالمال واستحقاق الربح بالعمل.

وإذا وضع أحد من أرباب الصنائع تلميذاً عنده وأعمله فيما تقبله وتعهده من العمل بحصة من اجرته كالنصف أو الربع جاز كما ذكر في مثال المادة الآنفة، وتعبير «النصف» الواردة في هذه المادة لم يكن قيداً احترازياً كما يستفاد ذلك من المادة (١٣٢٩)

والكسب أي الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل كما يستحق التلميذ نصفها مثلاً بعمله يستحق الأستاذ نصفها الآخر بضمانة العمل وتعهده إياه وقد استحق الربح في هذه الشركة بالمال والضمان فالفقرة الأخيرة منها هو المثال المذكور في المادة الآنفة (الدرر والبحر).

الخلاصة: إن الاستحقاق للربح يكون بوجوه ثلاثة: (١) بالمال (٢) بالعمل (٣) بضمان العمل.

المادة (١٣٤٨) ـ (إذا لم يوجد واحد من الأمور الثلاثة السالفة الذكر أي المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح. مثلاً إذا قال أحد لآخر: اتّجر أنت بمالك على أن يكون الربح مشتركاً بيننا فلا يوجب الشركة، وفي هذه الصورة لا يأخذ حصة من الربح)

إذا لم يوجد واحد من الأمور الثلاثة السالفة الذكر أي المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح. وهذه المادة هي فرع للمادة الآنفة. ويتفرع عن هذه المادة المسائل الآتية:

١ ـ إذا كان رأس مال الشريكين في شركة العنان متساوياً وكان مشروطاً عمل أحد الشريكين للشريك العامل لا يصح، وفي هذه الحال يقسم الربح بنسبة رأس مالهما لأن الربح الزائد الذي شرط للشريك القاعد لا يوجد في مقابله أحد هذه الأمور الثلاثة.

٢ ـ لو قال أحد لآخر: إقرضني ألف درهم حتى أبيع واشتري على أن يكون الربح مشتركاً بيننا فأعطاه ألف درهم وربح المستقرض فيكون كل الربح للمستقرض ولا يأخذ المقرض حصة من الربح (الهندية) لأن المستقرض قد ملك القرض بقبضه له ولم يبق ملك للمقرض في المال المذكور، كما أنه ليس له عمل وضمان في الشركة.

٣ ـ إذا قال أحد لآخر: اتجر أنت بمالك على أن يكون الربح مشتركاً بيننا وعمل ذلك فهذان القول والعمل لا يوجبان الشركة لأنه ليس للقائل شيء في ذلك المال كما أنه ليس له عمل أو ضمان وفي هذه الصورة لا يأخذ حصة من الربح الحاصل (رد المحتار والدرر والبحر).

إن هذه المادة أصل ويجري حكم على عموم الشركات أي سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال أو شركة وجوه، وجريانها في شركة الأموال يستفاد من فقرة «وإن شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح الخ» من المادة (١٣٧٣) وجريانها في شركة الوجوه يستفاد من فقرة «وإذا شرط إلى أحد زيادة عن حصته في المال المشترى يكون الشرط لغواً» من المادة (١٤٠٢).

المادة (١٣٤٩) ـ الاستحقاق للربح إنما يكون بالنظر إلى الشرط الذي أورد في عقد الشركة، وليس بالنظر إلى العمل الذي عمل، فعليه لو لم يعمل الشريك

المشروط عمله فيعد كأنه عمل، مثلاً إذا شرط عمل الشريكين المشتركين في شركة صحيحة وعمل أحدهما فقط ولم يعمل الآخر لعذر أو لغير عذر فبما أنهما وكيلان لبعض فبعمل شريكه يعد كأنه عمل أيضاً ويقسم الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه)

استحقاق الشركاء لمقدار الربح إنما يكون بالنظر إلى حكم الشرط الذي أورد في عقد الشركة الموافق للشرع. أنظر المادة (٨٣).

قيل في الشرح «الموافق للشرع» لأنه إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثة وشرط الربح فالشرط غير معتبر كما ذكر في المادة الآنفة. مثلاً: لو تعهد ثلاثة عمال حمل حمل ثم نقله أحدهم فللعامل الناقل أخذ ثلث الأجرة. وليس للإثنين الآخرين أخذ شيء لأنه ليس لهما مال أو عمل أو ضمان كما ذكر في شرح المادة (١٣٣٢).

ويستفاد من المواد (١٣٦٨ و ١٣٧١ و ١٣٧٢ و ١٤٠٢) أنه لا يقسم الربح بموجب الشرط الغير الموافق للشرع.

قيل «لمقدار الربح» يعني قد اعتبر حذف المضاف حتى يفترق عن الإستحقاق الوارد في المادة (١٣٧٣).

وليس بالنظر إلى العمل الذي عمل بعد العقد فعليه لو لم يعمل الشريك المشروط عمله فيعد كأنه عمل ويستحق الربح.

الخلاصة: إذا كان العمل مشروطاً على جميع الشركاء فلا يجب اجتماع جميعهم في العمل فإذا أوفى أحدهم العمل فيأخذ جميعهم حصتهم المشروطة في الربح (رد المحتار) لأن العامل وكيل عن الشريك الآخر. أما الوضيعة أي العطل والضرر فيكون بالنظر إلى رأس المال ولا يعتبر بلا شرط خلافه. أنظر المادة (١٣٦٩). (رد المحتار).

مثلاً: إذا شرط عمل الشريكين المشتركين في شركة صحيحة - ويحترز بذلك عن الشركة الفاسدة الوارد حكمها في المادة (١٣٦٨) - وعمل أحدهما فقط ولم يعمل الآخر مع كونه حاضراً أي غير غائب لعذر كالمرض أو لغير عذر أو كان أحدهما غائباً فلم يتمكن من العمل أو عمل أحدهما أكثر وعمل الآخر نصف عمله، فبما أنهما وكيلان بعضهما لبعض كما ذكر في المادة (١٣٣٣) فبعمل شريكه يعد كأنه عمل أيضاً ويقسم الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه لأن عقد الشركة لا يرتفع بمجرد الامتناع عن العمل يبقى الاستحقاق للربح موجوداً ما دام عقد الشركة باقياً (واقعات المفتين بزيادة).

المادة (١٣٥٠) - (الشريكان أمينا بعضهما لبعض ومال الشركة في يد كل

واحد منهما في حكم الوديعة، فإذا تلف مال الشركة في يد أحدهما بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن حصة شريكه)

الشريكان سواء في شركة المفاوضة أو شركة العنان أمينا بعضهما لبعض (الطحطاوي)، وبتعبير آخر يد أحد الشريكين على مال الشركة يد أمانة لأن القاعدة أن المال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة في يد الآخذ كالوديعة والمستعار والمال المأجور والمال المرهون. أنظر المادة (٧٧١). (الزيلعي والشبلي ومجمع الأنهر). ما لم يكن مقبوضاً على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء والمقبوض على وجه الوثيقة كالمرهون.

فلذلك يقبل قوله مع اليمين في مقدار الربح ومقدار الخسار والضياع أي ضياع المال كلاً أو بعضاً من غير اتجار (الطحطاوي). وفي الدفع والتسليم للشريك سواء كان الأصل المال أو الربح (الطحطاوي). ولا يجبر على المحاسبة ولا يكلف بحلف اليمين عند إدعاء الخيانة المجهولة، فلذلك يقبل قوله مع اليمين على تلف المال المشترك عنده كلاً أو بعضاً وعلى دفعه وتسليمه المال المشترك للشريك.

مثلاً: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً بمال الشركة فقال له شريكه: فلنبع المتاع فأجابه الشريك بأن ذلك المتاع قد ضاع منه بدون تعد ولا تقصير فيصدق بيمينه (الفيضية) وحتى لو أدعى الضياع والدفع بعد وفاة شريكه. أنظر المادة (١٧٧٤) مثلاً لو توفي أحد الشريكين في شركة العنان وأدعى ورثة الشريك المتوفي على الشريك الحي بأن لمورثهم كذا مقداراً من المال من حصته في الشركة فأدعى الشريك قائلاً: إنني دفعت كذا مقداراً من المال المذكور لشريكي في حياته فيخلص بيمينه من مطالبه الورثة له بذلك المقدار (الفيضية)، لأن القاعدة أن من يحكي أمراً ولا يقتدر حال حكايته على استئناف ذلك الأمر أي على إيجاده وإحداثه فإذا كانت متضمنه إيجاب الضمان على الغير لا تصدق وإذا كانت تتضمن دفع الضمان عن نفسه فتصدق (رد المحتار) وستوضح هذه المسألة في شرح المادة (١٧٧٤) كما إذا أدعى الوكيل الذي وكله الميت بأن يأتي له بدين من فلان، أنه استدان وأدى إلى الميت لا يقبل قوله لما فيه من إيجاب الضمان على الميت (الطحطاوي).

كذلك إذا طلب أحد الشريكين محاسبة شريكه فلا تلزم المحاسبة

وقد ورد في رد المحتار أن المتولي لا تلزمه المحاسبة كل عام، ويكتفي القاضي منه بالإجمال لو معروفاً بالأمانة ولو متهماً يجبره على التعيين شيئاً ولا يحبسه بل يهدده ولو اتهمه يحلفه، والظاهر أنه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصي فيحمل إطلاقه على غير المتهم أي الذي لم يعرف بالأمانة.

والحكم في المضارب والوصي والمتولي هو على هذا الوجه أيضاً ومقصود قضاة هذا الزمان من المحاسبة الوصول إلى صحة المحصول وليس ظهور الحقيقة أو بروز العدالة.

وكذلك لو أدعى الشريك الخيانة المبهمة على شريكه لا يحلف، أما إذا أدعى الشريك الربح

كذا مقداراً ثم أدعى أنه أخطأ في إقراره فلا يقبل ويلزم بإقراره. أنظر المادة الـ(١٥٨٧) (رد المحتار والطحطاوي).

ومال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة فعليه إذا تلف مال الشركة في يد أحدهما أو طرأ نقصان على قيمته بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن حصة شريكه (مجمع الأنهر) أنظر المادتين (٧٦٨ و٧٧٧).

مثلاً لو نقل أحد الشريكين مال الشركة بإذن الآخر في باخرته إلى ديار أخرى فغرقت الباخرة وتلفت أموال الشركة فلا يسأل الشريك (الفيضية).

كذلك لو سلّم أحدٍ مائة دينار لآخر على أن يشتري بها مالاً مناصفة لهما وأن يكون الربح والخسار مشتركاً بينهما وتلفت المائة الدينار في يده قبل شراء المال فلا يضمن وإذا أتلفت المائة الدينار بعد شراء المال فيلزم أن يؤدي الشريك لشريكه نصف ثمن ذلك المال. أنظر شرح المادة (١٣٣٩) أما إذا أتلف المال بالتعدي أو التقصير أو مات مجهلاً مال الشركة فيضمن حصة شريكه لأن هذا هو حكم الأمانة (مجمع الأنهر والبحر) أنظر المادة (٧٨٧).

مثلاً لو عقد أحد الشريكين شركة مع شخص ثالث بلا إذن الشريك الآخر وسلمه مال الشركة وضاعت أموال الشركة في يد الشخص الثالث أثناء عمله بها فيضمن حصة شريكه. أنظر المادة (٧٩٠).

المادة (١٣٥١) ـ (يكون رأس المال في شركة الأموال مشتركاً بين الشريكين متساوياً أو متفاضلاً. أما في صورة عقد الشركة بينهما على أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر فإذا اتفق أن يكون الربح بينهما مشتركاً تكون مضاربة كما ستأتي في الباب المخصوص، وإذا كان تمام الربح سيعود للعامل بضاعة يكون قرضاً، وإذا شرط أن يعود تمام الربح لصاحب رأس المال فيكون رأس المال في يد العامل بضاعة ويكون العامل مستبضعاً وبما أن المستبضع وكيل متبرع فيعود جميع الربح والخسار على صاحب المال)

يكون رأس المال في شركة الأموال أي في شركة الأموال من شركة العنان مشتركاً بين الشريكين متساوياً أو متفاضلاً. أي يجب في شركة الأموال أن يكون لجميع الشركاء رأس مال ويكون رأس المال هذا أحياناً متساوياً كأن يضع شريك مائة دينار رأس مال وأحياناً متفاضلاً كأن يضع أحد الشريكين مائة دينار رأس مال ويضع الآخر مائتي دينار رأس مال إذ لا يشترط في شركة العنان المساواة في رأس المال (الدرر).

أما إذا لم يكن رأس المال مشتركاً وعقدت الشركة بينهما على أن يكون رأس المال من أحدهما

والعمل من الآخر فقط فإذا اتفق على تقسيم الربح بينهما مشتركاً متساوياً أو متفاضلا فيكون العقد المذكور عقد مضاربة كما سيأتي في الباب المخصوص بالمضاربة أي في الباب السابع الذي يبتدئ من المادة (١٤٠٤).

وإذا كان تمام الربح سيعود للعامل يكون قرضاً، وإذا شرط أن يعود تمام الربح لصاحب رأس المال فيكون رأس المال في يد العامل بضاعة ويكون العامل مستبضعاً وبما أن المستبضع وكيل متبرع فلا يأخذ حصة من الربح ويعود جميع الخسار على صاحب المال (الدرر).

ومع أنه يشترط في الوكالة معلومية الموكل به فلا يشترط ذلك في البضاعة فلذلك إذا أعطى المبضع للمستبضع ألف درهم وقال له: اشتر لي بهذه أثواباً أو شيئاً آخر فيصح وما يشتريه المستبضع يكون اشتراه للمبضع.

كذلك لو قال المبضع لأحد: خذ هذه الألف الدرهم بضاعة وبع واشتر بها لي جاز ويقتدر المستبضع على البيع والشراء بها (الهندية).

مسألة متعلقة بالبضاعة:

إذا توفي المبضع تنفسخ البضاعة سواء علم المستبضع بذلك أو لم يعلم حتى أنه لو جهل المستبضع وفاة المبضع واشترى بعد وفاته مالاً فلا ينفذ حق المبضع ويضمن المستبضع المال الذي دفعه ثمناً لذلك المال.

المادة (١٣٥٢) - (إذا توفي أحد الشريكين أو جنّ جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة أما في صورة كون الشركاء ثلاثة أو أكثر فيكون انفساخ الشركة في حق الميت أو المجنون فقط وتبقى الشركة في حق الآخرين)

تنفسخ شركة العقد بثمانية أوجه:

(أولاً) إذا توفي أحد الشريكين (ثانياً) إذا جن أحدهما جنوناً مطبقاً (ثالثاً) إذا حجر أحدهما (رابعاً) إذا فسخ أحد الشريكين الشركة (خامساً) إذا أنكر أحد الشريكين الشركة (سادساً) إذا هلك مجموع رأس مال الشركة (سابعاً) إذا تلف رأس مال أحدهما قبل الخلط وقبل الشراء (ثامناً) إذا كانت الشركة مؤقتة وانقضت مدتها لأنه يقتضي أن تتضمن الشركة الوكالة كما جاء في المادة (١٣٣٣) وكما أنه يشترط وجود الوكالة المذكورة ابتداء يشترط وجودها بقاء أيضاً وبما أنه بوفاة الشريك أو بجنونه جنوناً مطبقاً تبطل الوكالة فتنفسخ الشركة أيضاً. أنظر المادتين (١٥٢٨ و١٥٣٠) وقد جاء في الطحطاوي «وإنما بطلت الشركة لبطلان الوكالة وإن كانت تابعة لها والمتبوع لا يبطل ببطلان التابع إلا أن الوكالة شرطها ولا يتحقق المشروط بدون شرط».

والمقصود من الشركة هنا شركة العقد كما أشير إلى ذلك شرحاً أما شركة الملك فلا تنفسخ بوفاة أحد الشريكين بل تبقى شركة بين الشريك الحي وبين ورثة الشريك الميت. ولنوضح الآن هذه الأمور الثمانية:

١ - وفاة أحد الشريكين، إذا توفي أحد الشريكين تنفسخ الشركة ولو لم يعلم الشريك الآخر بوفاته لأنه عزل حكمي فلا يشترط فيه العلم (مجمع الأنهر).

مثلاً: إذا استمر أحد الشريكين على البيع والشراء بعد وفاة شريكه فيكون غاصباً لحصة شريكه منذ الوفاة ويعود الربح والخسار عليه. وقد جاء في الدر المختار (إذا بطلت الشركة بموت أحد الشريكين أو بجنونه فالربح الذي حصل بعد ذلك للعامل).

إذا توفي أحد المفاوضين بعد بيعه مالاً نسيئة للمفاوض الآخر أن يطالب المشتري بالثمن ويخاصمه في ذلك لأن حق الشريك المفاوض بمطالبته المشتري بالثمن هو حق ثابت له بالوكالة وبوفاة الموكل البائع قد انقطعت الوكالة ومع ذلك لو دفع المشتري برضائه نصف الثمن له يبرأ لأن المشتري يكون قد دفع المال لمالكه (البحر).

٢ - جنون أحد الشريكين، ونفهم من قول المجلة «جنوناً مطبقاً» أن الجنون الغير المطبق لا يستلزم انفساخ الشركة. أنظر المادة (٩٤٤) فلذلك لو جن أحد الشريكين لا تنفسخ الشركة قبل تمام إطباق الجنون (الواقعات).

مثلاً لو جن أحد الشريكين جنوناً مطبقاً فانفسخت الشركة وعمل الشريك بعد ذلك فيكون غاصباً في حصة الشريك المجنون منذ أطباق الجنون عليه ويكون الربح والضرر عائداً عليه وفي هذا الحال يطيب له الربح الذي يعود له من حصته ولكن لا يطيب له الربح الحاصل من حصة شريكه فيلزمه التصديق به (البحر ورد المحتار والطحطاوي).

أما في صورة كون الشركاء ثلاثة أو أكثر فيكون انفساخ الشركة في حق الميت أو المجنون فقط وتبقى الشركة في حق الآخرين (الدر المنتقى).

٣ - حجر أحد الشريكين، قد ذكر في المادة (٩٦٠) أنه لا تصح تصرفات المحجور القولية فلذلك إذا حجر أحد الشريكين تنفسخ الشركة.

٤ - فسخ أحد الشريكين، إذا فسخ أحد الشريكين الشركة تنفسخ الشركة.

٥ - إنكار أحد الشريكين؛ إذا أنكر أحد الشريكين تنفسخ الشركة. والإيضاح عن ذلك سيذكر في شرح المادة (١٣٥٣).

٦ - هلاك جميع رأس المال، إذا هلك جميع رأس المال تبطل الشركة لأن المعقود عليه في الشركة هو المال أي رأس المال وبما إن رأس المال يتعين بالتعيين كما في الهبة والوصية فإذا تلف

المعقود عليه وجب بطلان العقد كما يوجب تلف المبيع قبل القبض بطلان العقد. أنظر شرح المادة (٢٣٠). (البحر).

٧ ـ هلاك رأس مال أحد الشريكين قبل الخلط وقبل الشراء، إذا هلك رأس مال أحد الشريكين فقط قبل الخلط والشراء تبطل الشركة لأن رضاء أحد الشريكين باشتراك شريكه في ماله هو مقابل اشتراكه في مال شريكه فإذا تلف المال فتفوت تلك الشركة ويكون رضاؤه باشتراك الآخر في ماله قد فات أيضاً فتبطل الشركة (البحر).

وإذا تلف رأس مال أحد الشريكين قبل الخلط فيكون خساره عائداً عليه وليس له الرجوع على شريكه بنصفه لأن رأس مال كل واحد منهما هو باق في ملكهما بعد عقد الشركة وقبل الخلط، وكما أنه لا يلزمه ضمان إذا تلف في يده فإذا تلف أيضاً في يد شريكه فلا يلزمه ضمان لكونه أميناً. أنظر المادة (١٣٥٠). (رد المحتار ومجمع الأنهر).

وإذا تلف رأس مال أحد الشريكين قبل الخلط والشراء ثم اشترى الشريك الآخر برأس ماله فينظر: فإذا صرح في عقد الشركة بالوكالة أو ذكر لفظ يشمل الوكالة بأن قيل: على أن يشتريه كل منهما بماله يكون مشتركاً كل منهما بماله يكون مشتركاً فيكون المال المشتري مشتركاً بينهما شركة ملك حسب الشرط ويثبت للشريك المشتري حق الرجوع على الشريك الآخر بحصته من الثمن لأنه وإن بطلت الشركة بينهما بتلف رأس مال أحرهما إلا أن الوكالة المصرح بها ما زالت قائمة فالمشتري يكون مشتركاً بحكم الوكالة وتكون الشركة المذكورة شركة ملك (مجمع الأنهر والدر المختار) وإذا عقدت الشركة مجردة ولم يصرح فيها بالوكالة فيكون المال المشترى للشريك المشتري خاصة لأنه ببطلان الشركة بطلت الوكالة التي في ضمنها (رد المحتار). أنظر المادة «الـ ٥٢».

أما إذا تلف مقدار من رأس المال بعد خلط رأس المال بصورة لا تقبل التمييز فيكون خسار المقدار المتلف عائداً على كليهما والباقي مشتركاً بينهما«البحر». أنظر المادتين«١٠٦١ و ٨٧٩» أما إذا تميز بعد الخلط فالظاهر أنه كعدم الخلط «الطحطاوي».

وإذا تلف رأس المال بعد الشراء أي أن أحد الشريكين اشترى مالاً للشركة برأس المال الذي وضعه للشركة وتلف رأس مال الآخر قبل وضعه في الشركة فيكون المال المشترى مشتركاً لأن الشركة كانت باقية وقت الشراء فثبت الملك لهما وأصبح المشترى مشتركاً بينهما. وتلف رأس مال أحد الشريكين بعد ذلك لا يغير حكم الشركة وللشريك المشتري الرجوع على الشريك الآخر بحصته من الثمن لأنه قد يكون قد اشترى النصف وكالة عن الآخر وأدى الثمن من ماله فله حق الرجوع (مجمع الأنهر والبحر).

مثلاً لو عقد إثنان شركة عقد شركة عنان ووضع أحدهما مائة دينار رأس مال والآخر مائة وخمسين ديناراً على أن يكون الربح والخسار بحسب رأس مالهما فاشترى الشريك الذي رأس ماله مائة دينارافرساً ثم تلف رأس مال الشريك الآخر الذي هو مائة وخمسون ديناراً فتكون الفرس

مشتركة بينهما ويقتسمان ربحها أيضاً أخماساً فيكون ثلاثة أخماسه لصاحب المائة والخمسين ديناراً وخمساه لصاحب المائة دينار وللمشتري الرجوع على الشريك الآخر بثلاثة أخماس الثمن الذي دفعه ثمناً للفرس لأنه صار وكيلاً عن صاحبه بالشراء في ثلاثة أخماس الفرس وقد نقد ثمن الكل من ماله (البحر).

وقد اختلف في نوع هذه الشركة فعند الإمام محمد هي شركة عقد ويجوز بيع هذا المال من أي واحد من الشريكين والربح يقسم على الوجه المشروط بينهما لأن الشركة قد تمت بالمشترى فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها وعند الحسن بن زياد أن الشركة المذكورة شركة ملك (البحر).

٨ ـ إنقضاء المدة في الشركة الموقتة، قد ذكر في شرح المادة (١٣٦٦) أن الشركة مبنية على الوكالة فكما يجوز توقيت الوكالة يجوز توقيت الشركة وبانقضاء الوقت الذي عين للشركة تنفسخ الشركة وكل مال يشتريه أحد الشريكين بعد ذلك لا يكون مشتركاً بل يكون له خاصة.

المادة (١٣٥٣) ـ (تنفسخ الشركة بفسخ أحد الشريكين، ولكن يشترط أن يعلم الآخر بفسخه، ولا تنفسخ الشركة ما لم يعلم الآخر بفسخ الشريك)

تنفسخ الشركة بفسخ أحد الشريكين أو بإنكاره الشركة أو بقول أحدهما للآخر لا أعمل معك فإنه بمنزلة فاسختك وتنفسخ ولو كان مال الشركة موجوداً في حالة العروض. أما الحكم في المضاربة فهو غير ذلك. أنظر المادة (الـ ١٤٢٤) وانفساخ الشركة بإنكار أحد الشريكين لها مبني على المادة (الـ ٩٠١)، ولذلك فالشريك المنكر يضمن حصة شريكه الآخر (البحر والطحطاوي).

ويتفرع عن انفساخ الشركة بقول أحد الشريكين للآخر «لا أعمل معك» هذه المسألة وهي:

إذا قال أحد الشريكين للآخر بعد عقد الشركة وبعد شراء أمتعة للشركة: لا أعمل معك ثم غاب فباع الشريك الحاضر الأمتعة المذكورة فيكون الربح الحاصل للشريك البائع ويجب عليه ضمان بدل تلك الأمتعة للغائب لأن قوله أعمل معك هو فسخ للشركة وأحد الشريكين مالك لحق فسخ الشركة حتى لو كان مال الشركة عروضاً بخلاف المضاربة وهو المختار (البحر ورد المحتار). والفرق أن مال الشركة في أيديهما معاً وولاية التصرف إليهما جميعاً فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عروضاً بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عروضاً ثبت حق المضاربة فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال. (البهجة ورد المحتار).

ولكن يشترط أن يعلم الآخر بفسخه لأن هذا الفسخ عزل عن الوكالة. أنظر المادة (١٥٢٣) فلذلك لا تنفسخ الشركة ما لم يعلم الآخر فسخ الشريك لها. وفي هذه الصورة إذا عقد ثلاثة عقد شركة مفاوضة وغاب أحدهما الحاضران فسخ الشركة فليس لهما فسخها ما لم يعلم الغائب بالفسخ (رد المحتار والبحر).

ولا يشترط في حصة الفسخ رضاء الآخر (البحر).

ويتفرع عن انفساخ الشركة المسائل الآتية:

١ ـ إذا فسخ أحد المفاوضين الشركة بعد البيع ووقفَ المشتري على الفسخ فعليه أن يؤدي ثمن المبيع للعاقد وإذا أداه لغير العاقد لا يبرأ من حصة العاقد، أما إذا لم يعلم المشتري بالفسخ وأدى الثمن لأيِّ منهما فيبرأ من الثمن.

٢ ـ إذا طلع المشتري على وجود عيب في المبيع بعد فسخ المفاوضين الشركة فليس له أن يخاصم الشريك الذي باع له (البحر).

٣ ـ إذا أعطى أحد الشركاء مال الشركة بضاعة للآخر واشترى المستبضع مالاً بعد فسخ الشركة فينظر: فإذا كان المستبضع واقفاً على فسخ الشركة فالمال الذي اشتراه يبقى له وإذا كان غير واقف وسلم الثمن للبائع فينفذ شراؤه على الشركاء، وإذا لم يسلم الثمن فيبقى المال المشترى على المشتري المستبضع.

المادة (١٣٥٤) ـ (إذا فسخ الشريكان الشركة واقتسماها على أن تكون النقود الموجودة لأحدهما والديون التي في الذمم للآخر فلا تصح القسمة، وفي هذه الصورة مهما قبض أحدهما من النقود الموجودة يشاركه الآخر فيها كما أن الدين الذي في ذمم الناس يبقى مشتركاً بينهما. أنظر المادة ١١٢٣)

إذا فسخ الشريكان الشركة واقتسماها على أن تكون النقود الموجودة لأحدهما والديون التي في الذمم للآخر أو النقود الموجودة لأحدهما والأمتعة التي في الدكان مع الدين الذي في الذمم للآخر فلا تصح القسمة. إن هذه الفقرة هي فرع للمادة (١١٢٣) وفي هذه الصورة مهما قبض أحدهما من النقود الموجودة يشاركه الآخر كما أن الدين الذي في ذمم الناس يبقى مشتركاً بينهما. وهذه الفقرة هي فرع للمادة (١١٩١) أنظر المادة (١١٢٣) «الولوالجية في القسمة في الفصل الأول».

المادة (١٣٥٥) ـ (إذا أخذ أحد الشريكين مقداراً من مال الشركة ومات أثناء العمل به مجهلاً فتستوفي حصة شريكه من تركته. أنظر المادة ٨٠١)

إذا أخذ أحد الشريكين في شركة عنان أو شركة مفاوضة مقداراً من مال الشركة ومات أثناء العمل به مجهلاً حصة الآخر فتستوفى حصة شريكه من تركته. أنظر المادة (٨٠١ البحر) سواء كان هذا المال عيناً أو ديناً، وذلك إذا توفي أحد الشريكين مجهلاً عيناً في الشركة فيلزمه ضمانها كما أنه لو كانت الشركة في دين مطلوب من ذمم الناس وتوفي بدون بيان ذلك فيلزمه الضمان لكن إذا علم أن وارثه يعلمها لا يضمن ولو أدعى الوارث العلم وأنكر الطالب فإن فسرها الوارث فقال هي كذا وهلكت صدّق (رد المحتار).

وقد قال صاحب الأشباه بعدم الضمان بهذا التجهيل، إلا أن هذا القول خطأ (الطحطاوي)

الفصل الخامس

(في شركة الأموال والأعمال والوجوه من شركة المفاوضة)

المادة (١٣٥٦) - (المفاوضان كفيل بعضهما لبعض كما تقدم بيانه في الفصل الثاني وعليه فكما ينفذ إقرار أحدهما في حق نفسه يكون نافذاً في حق شريكه على ذلك الوجه فإذا أقر أحدهما بدين فللمقر له أن يطالب أيهما شاء، ومهما ترتب دين على أحد المفاوضين من أي نوع كان من المعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والإجارة يلزم الآخر أيضاً؛ وكذلك ما باعه أحدهما يجوز رده على الآخر بالعيب، كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز أن يرده الآخر بالعيب)

في المفاوضة قاعدتان:

القاعدة الأولى - كل شيء يلزم أحد المفاوضين بسبب كالتجارة والغصب والكفالة يلزم الآخر أيضاً، وقد نشأت هذه القاعدة بسبب كفالة الشريكين بعضهما لبعض وهي تحمل الشريكين مضرة

القاعدة الثانية - كل شيء يثبت لأحد المفاوضين من التجارة وأمثالها فللشريك المفاوض المطالبة بها وقبضها. وهذه القاعدة تنشأ أيضاً عن وكالة الشريكين بعضهما لبعض وتوجب منفعة للشريكين (البحر) أنظر شرح المادتين(١٣٣١ و ١٣٣٤).

ويتفرع عن القاعدة الأولى المسائل الآتية:

المسألة الأولى - المفاوضان كفيل بعضهما لبعض كما تقدم بيانه في الفصل الثاني أي في المادة (١٣٣٤) وعليه فكما ينفذ إقرار أحدهما في حق نفسه حسب المادة (١٥٨٧) ويكون إقراره موجباً للإلزام والحكم يكون الإقرار المذكور نافذاً في حق شريكه على ذلك الوجه فيما إذا كان الإقرار المذكور قد وقع لغير من لا تجوز شهادتهم لأن هذا الشريك المقر قد أقر بأمر وبحق وهو مقتدر على استئنافه وإيجاده (البحر).

فإذا أقر أحد المفاوضين بدين لأجنبي فللمقر له أن يطالب بالمقر به أيهما شاء. أنظر المادة (٦٤٤) وذلك إذا أقر أحد الشريكين بتوليه سبب الدين كقوله: قد اشتريت من فلان كذا مالاً بخمسين ديناراً فكما يلزم المقر بالخمسين ديناراً يلزم شريكه أيضاً. كذلك لو أدعى أحد على شريكين بشركة مفاوضة قائلاً: إن لي في ذمتكما من ثمن المال الذي اشتريتماه مني مائة دينار وعند التحليف حلف أحدهما ونكل الآخر فيلزم الدين الإثنين لأن إقرار أحدهما كإقرار الإثنين (البحر)

أما إذا أقر أحد الشريكين بأنه تولى مع شريكه سبب الدين فيلزم الشريك الآخر النصف

فقط بحسب الكفالة أي القسم الذي تولاه المقر، كما أنه إذا أقر الشريك بأن شريكه هو الذي تولى سبب الدين وحده فلا يلزم الشريك الآخر أي شيء (الطحطاوي).

أما إذا أقر لمن لا تجوز شهادته لهم (وهم أصوله وفروعه وزوجته) فلا ينفذ إقراره على المفاوض على رأي **الإمام الأعظم وهو الأظهر. أنظر المادة** (١٧٠٠) أما عند الإمامين فينفذ على المفاوض (البحر).

مثلاً لو أقر لأصوله أو لفروعه أو لزوجته ولو كانت متعدّية البائن فلا ينفذ إقراره في حق شريكه عن الإمام وهو ظاهر الرواية بل يسري إقراره عليه فقط (رد المحتار والبحر).

المسألة الثانية ـ ومهما ترتب دين[١] على أحد المفاوضين من أي نوع كان من المعاملات الجارية في الشركة أي الجائز والممكن الإشتراك فيها ولو لم يكن فيها شركة كالبيع والشراء والإجارة سواء كان لنفسه أو كان للاحتياجات التجارية والمعاملات المشابهة لضمان التجارة والاستقراض والكفالة يلزم الآخر أيضاً بحسب كفالته ولو ثبت ذلك أي ثبتت المعاملة التجارية والغصب والكفالة بالأمر بإقرار أحد المفاوضين لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد تملك الأصل للضامن فيكون بمعنى التجارة.

حتى لو كان الشريك قد أجرى هذا البيع والشراء والاستئجار بنفسه ولو لم يجره للشركة فيلزمهما معاً.

فلذلك قيل في المجلة «من المعاملات الجارية في الشركة» ولم يقل للشركة لأن لزوم الدين على الشريك غير مقتصر على المعاملات الخاصة بالشركة فسواء تلك المعاملات للشركة أو كانت لنفس الشريك الذي أجرى تلك المعاملات فالحكم واحد وترتب المسؤولية على الشريك في المعاملات التي تجري لشخص الشريك مصرح بها في المادة (١٣٥٧). وفائدة اللزوم أنه إذا أدعى على أحرهما فله تحليف الآخر (الدر المختار).

ولنفصل الآن المعاملات الوارد ذكرها في المسألة الثانية:

١ ـ البيع، يترتب على البائع الشريك في البيع دين ومسؤولية بالصور الآتية:

أولاً ـ إذا باع أحد الشريكين مالاً وقبض الثمن وتلف المال قبل تسليم المبيع للمشتري فيترتب على الشريك البائع رد ثمن المبيع.

ثانياً ـ إذا أقيل البيع يلزم رد الثمن المقبوض ويترتب في هذه الصورة دين في ذمة الشريك البائع.

ثالثاً ـ إذا ضبط المبيع بالاستحقاق من يد المشتري فيترتب على الشريك البائع أن يعيد ثمن المبيع للمشتري.

---

(١) ولو قال المصنف من شيء بدلاً من أن يقول دين لكان أولى

رابعاً ـ إذا أنشأ المشتري بناء في العرصة المشتراة ثم ضبطت العرصة بالاستحقاق فيترتب دين للمشتري على البائع بسبب ضمان الغرور. أنظر المادة (٦٥٨).

خامساً ـ إذا رد المبيع بأحد الخيارات فيلزم إعادة ثمن المبيع للمشتري ويترتب دين على الشريك البائع من أجل ذلك.

سادساً ـ إذا رد المبيع للبائع بسبب فساد العقد فيلزم على البائع أن يعيد ثمن المبيع للمشتري ويترتب بذلك دين على الشريك البائع.

سابعاً ـ يترتب على الشريك البائع مسؤولية تسليم للمشتري.

٢ ـ ويترتب في الشراء على المشتري دين ومسؤولية على وجوه عديدة وهي:
أولاً ـ يترتب على الشريك المشتري في الشراء الصحيح ثمن المبيع.

ثانياً ـ إذا تلف المبيع في الشراء الفاسد في يد المشتري أو حدث حال يمنع من إعادته فيجب على الشريك المشتري أن يعطي للبائع قيمة المبيع إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات

ثالثاً ـ إذا تلف في يد المشتري مال بعد القبض كأن قبضه بطريق سوم الشراء مع تسمية الثمن فيلزم الشريك المذكور ضمان البدل.

رابعاً ـ إذا كان المبيع في البيع الفاسد موجوداً عيناً في يد المشتري فيلزم المشتري إعادته. هل يلزم جميع ذلك الشريك الآخر؟

٣ ـ الإجارة، يترتب في الإجارة أيضاً على المستأجر دين ومسؤولية على وجوه عديدة وهي:
أولاً: يلزم الشريك المستأجر في الإجارة الصحيحة الأجر المسمى.

ثانياً: يلزم الشريك المستأجر في الإجارة الفاسدة أجر المثل، وتجب هذه على الشريك الآخر حسب الكفالة.

ثالثاً: إذا أجر المفاوضين فرساً لآخر فللمستأجر أن يطلب من المؤجر تسليم الفرس المذكورة كما أن له طلب التسليم من الشريك الآخر.

رابعاً: على الشريك المستأجر رفع التراب والقمامة التي تراكمت في المأجور أثناء مدة الإجارة حسب المادة (٥٣٣).

خامساً: إذا انقضت مدة الإجارة وأراد المؤجر استلام المأجور فيلزم الشريك المستأجر تسليم المأجور للمؤجر أي رده حسب المادة (٥٩٣).

سادساً: إذا كان أحد الشريكين أجيراً وتلف المستأجر فيه بتعدي أو تقصير الأجير فيترتب على الشريك الأجير الضمان. أنظر المادة (٦٠٧).

سابعاً: إذا كان أحد الشريكين أجيراً مشتركاً وتولد عن فعله وصنعه ضرر وخسار فيترتب على الشريك الأجير ضمان (أنظر المادة ٦١١).

فهل يلزم ضمان في جميع ذلك على الشريك الآخر؟

٤ - المعاملات المشابهة لضمان التجارة هي عبارة عن الغصب وضمان الاستهلاك والوديعة المجحودة المستهلكة والعارية المجحودة المستهلكة، وما أشبه ذلك. وهو أنه إذا غصب أحد المتفاوضين مالاً في يده فيلزم المفاوض الآخر ضمان هذا الطرفين لأن المغصوب عند الضمان يدخل في ملك الغاصب اعتباراً من وقت الغصب وبذلك يصبح من ضمان التجارة (مجمع الأنهر).

٥ - الاستقراض، إذا استقرض أحد المفاوضين نقوداً من آخر فيترتب ذلك على الشريك الآخر حسب كفالته على ظاهر الرواية ولكن ليس لأحد المفاوضين أن يقرض مال الشركة لآخر (البحر).

٦ - لو كفل أحد الشريكين بأمر المكفول عنه ديناً لأجنبي ويؤاخذ الشريك الآخر عند الإمام الأعظم لأن الكفالة بالأمر وإن تكن ابتداءً تبرعٌ إلا أنه لما كان للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه فهي معاوضة انتهاءً خلافاً لهما لأنها تبرع لكن عامة المتون على قول الإمام. أما في الكفالة المالية بلا أمر وفي الكفالة النفسية فلا يؤاخذ الشريك الآخر الذي لم يكفل لأن هذه العقود هي تبرع ابتداء وبقاء (الطحطاوي ومجمع الأنهر).

ويتفرع عن لزوم ذلك للشريك الآخر كلزومها للشريك الذي باشرها، المسألة الآتية وهي:

لو أدعى أحد على أحد الشريكين بحق من أجل تلك المعاملات وحلفه اليمين فله بعد ذلك أن يدعي على الآخر وأن يحلفه اليمين فإذا نكل المدعى عليه عن حلف اليمين فيلزم الناكل المدعى به كما أنه يلزم ذلك الشريك الآخر لأن إقرار أحدهما هو بحكم إقرارهما (البحر والطحطاوي).

مثلاً، لو أدعى أحد الشريك الحاضر ثمن المال الذي باعه للشريك الغائب فله عند الإنكار تحليف المدعى عليه على عدم العلم لأن هذا الفعل هو فعل الغير ثم جاء الغائب فله أن يحلفه على البتات لأن الفعل فعله (البحر والدر المنتقى والدرر) أنظر المادة (١٧٤٨).

مستثنى - إن الدين الذي يلزم أحد الشريكين في المسألة الآتية لا يلزم الآخر وذلك لو باع أحد المفاوضين للمفاوض الآخر قماشاً ليصنع منه المفاوض المشتري ثياباً له أو باع أحد المفاوضين للآخر مأكولات ليأكلها في بيته جاز ويلزم ثمن ذلك الشريك المشتري فقط ولا يلزم الشريك البائع منها شيء (البحر).

قيل في المجلة «في المعاملات التي تجري الشركة فيها» لأن الدين الذي يترتب في ذمة أحد الشريكين من معاملات لا تجري فيها الشركة تلزم الشريك الذي باشر تلك المعاملات خاصة ولا يلزم الشريك الآخر شيء منها كالمهر وبدل مخالعة الزوجين وكأرش الجناية التي تقع على إنسان وكبدل الصلح عن دم العمد وكنفقة الزوجات ونفقة الأقارب لأنه لا يصح الاشتراك في ذلك.

فلذلك لو تزوج أحد المفاوضين امرأة بمهر خمسين ديناراً فالمهر المذكور يلزم الشريك المتزوج فقط ولا يلزم الشريك الآخر شيء منه كما أنه لو عقد أحد شركة مفاوضة مع امرأة ثم تخالعت تلك

المرأة مع زوجها على خمسين ديناراً فعلى المرأة المذكورة دفع الخمسين ديناراً لزوجها ولا يطالب الشريك بشيء من ذلك. وكذلك لو أدعى أحد الأرش على أحد المفاوضين من أجل الجرح الخطأ فأنكر الدعوى وحلف اليمين لدى الاستحلاف فلا يستحلف شريكه الآخر (البحر ورد المحتار).

وكذلك ما باعه أحدهما رده على الآخر بالعيب كما يرده إليه، كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز أن يرده الآخر بالعيب كما يرده هو.

وكما يطالب أحدهما بتسليم المال الذي باعه للمشتري يطالب الآخر بذلك (الهندية) أما في شركة العنان فالحكم خلاف ذلك. أنظر المادة (١٣٧٨).

وكما يطالب أحدهما بتسليم المأجور الذي أجره يطالب الآخر أيضاً بالتسليم (البحر) وقد بين آنفاً.

ويتفرع عن القاعدة الثانية المسائل الآتية وهي:

المسألة الأولى ـ لأحد الشريكين رد المبيع الذي اشتراه شريكه بالعيب للبائع كما ذكر في الفقرة الآنفة.

المسألة الثانية ـ إذا أجر أحد الشريكين نفسه لآخر فللشريك الآخر طلب بدل الإيجار من المستأجر.

المسألة الثالثة ـ للشريك طلب بدل إيجار مال الشركة من المستأجر الذي أجره الشريك لآخر[1].

المسألة الرابعة ـ كما أن لأحدهما قبض المبيع الذي اشتراه الآخر فلأحدهما أيضاً إقالة البيع الذي باعه الآخر وتكون هذه الإقالة نافذة في حق الإثنين.

المسألة الخامسة ـ كما أن لأحدهما الاستحصال على ثمن المال الذي باعه أي طلبه من المشتري فللآخر أيضاً هذا الحق فلذلك ليس للمشتري الامتناع عن تسليم ثمن المبيع له بداعي أنه لم يكن العاقد. والحاصل أم حقوق العقد تعود في شركة المفاوضة على العاقد وعلى شريكه معاً ولا تقاس على شركة العنان أي على المادة (١٣٧٧) «الهندية».

المسألة السادسة ـ لو وكل أحد المفاوضين آخر باشتراء مال وعزله الآخر صح العزل (البحر)

المسألة السابعة ـ لو باع أحد المفاوضين مالاً لآخر ثم فسخ الشركة ولم يكن المشتري عالماً بالفسخ وواقفاً عليه فللشريكين قبض الثمن من المشتري وإذا سلم المشتري الثمن لأي منهما يبرأ.

أما إذا كان المشتري عالماً بفسخ الشركة فيمكنه دفع ثمن المبيع للعاقد فقط وإذا أعطاه للآخر لا يبرأ من حصة العاقد (البحر) أنظر شرح المادة (١٣٥٣).

المسألة الثامنة ـ لو كفل أحد ديناً لأحد المفاوضين فللمفاوض الآخر مطالبة هذا الكفيل.

---

(١) كأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في قبض الديون الواجبة في التجارة «البحر»

المسألة التاسعة ـ لو غصب أحد مالاً من أحد المفاوضين فللمفاوض الآخر مطالبة الغاصب (البحر).

المادة (١٣٥٧) ـ (المأكولات والثياب وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها أحد المفاوضين لنفسه وأهله وعياله تكون له ولا يكون لشريكه حق فيها لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن تلك الأشياء بحسب الكفالة أيضاً)

إذا كانت الأموال التي اشتراها أحد المفاوضين من الأموال التي تجري الشركة فيها فتكون قد اشتريت للشركة لأن مقتضى العقد المساواة، وكل مفاوض من المفاوضين قائم مقام الآخر في التصرف فاشتراه أحدهما هو كاشترائهما معاً. وذلك إذا اشترى كل مفاوض من المفاوضين مالاً بصفقة على حدة فيكون كل مشتر منهما قد اشترى نصف المشتري لنفسه والنصف الآخر لشريكه بحكم وكالته عنه فلذلك يكون كل مفاوض من المفاوضين دائناً لشريكه بنصف ثمن المشترى ولا يلتقيان قصاصاً لأن صفة المالين مختلفة بخلاف ما لو اشتريا بالمال شيئين صفقة واحدة فإنه لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء لأن كل واحد منهما لم يصر وكيلاً عن صاحبه في ذلك (البحر).

وحتى أنه لو اشترى أحد المفاوضين مالاً من الأموال التي تجري فيها الشركة وأشهد عند الشراء أن الشراء لنفسه وحرر ذلك في حجة أو صك فيكون المال أيضاً للشركة لأنه لا يملك أحد المفاوضين تغيير مقتضى المفاوضة بدون رضاء الآخر «البحر والخيرية».

ولكن يستثنى من هذا الضابط مسألتان:

المسألة الأولى: وهي أن المأكولات كالخبز والغموس والثياب والدار التي يستأجرها لأجل السكنى والمكاري الذي يستأجره للذهاب للحج وما أشبه ذلك من سائر الحوائج الضرورية هي له خاصة وليس لشريكه حق فيها. وهذه الفقرة من هذه المادة هي استحسانية، ووجه الاستحسان هو أنه حين عقد الشركة يفهم كل شريك من الشريكين أنه يلزم الآخر مدة انعقاد الشركة طعام وثياب له ولعياله ولم يقصدوا حين العقد أنه تلزم تلك النفقة على الشريك، ولذلك فهذه التصرفات مستثناة دلالة من مقتضى المفاوضة والمستثنى منطوقاً أي صراحة ومقالاً «الدر المختار والطحطاوي والدرر». وعلى ذلك لا يمكن إيجاب تلك الأشياء على المفاوض الآخر كما أنه لا يمكن صرفها من ماله فاختصت بالضرورة بمشتريها «البحر».

ولكن يجوز للبائع الأجنبي المطالبة بثمن تلك الأشياء من مشتريها حسب الأصالة وله أيضاً مطالبة الشريك الآخر بها حسب الكفالة (البحر قبيل الوقف والدرر) لأنه كفيل عنه بما لزمه من الشراء بسبب شركة المفاوضة كما في المنبع ولذا استثنى الطعام وما معه دون الضمان (عبد الحليم) وله مستثنى قد ذكر في شرح المادة الآنفة.

فعليه إذا أدعى هذا الثمن من طرف أي شريك من الشريكين وكان إعطاؤه من رأس مال

الشريك فعند وقوع الضمان والرجوع يفوت شرط التساوي في رأس المال فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة العنان.

وذلك إذا عقد زيد وعمرو شركة مفاوضة بوضع كل منهما مائة دينار رأس مال للشركة ثم اشترى زيد بعد عقد الشركة داراً بخمسين دينار لسكناه هو وعياله فللبائع أن يطلب الخمسين ديناراً من زيد حسب الأصالة وإذا أدى زيد هذه الخمسين ديناراً من مال الشركة للبائع فبما أن نصف ذلك مال عمرو فيلزم زيداً أن يضمن لعمرو خمسة وعشرين ديناراً ولكن لا يطرأ ضرر آخر على شركة المفاوضة قبل الضمان لأنه قد أصبح رأس مال كل منهما خمسة وسبعين ديناراً وبقي التساوي في رأس المال أما إذا أدى زيد الخمسة والعشرين ديناراً ضماناً لعمرو فيتصاعد رأس مال عمرو إلى مائة دينار ويبقى رأس مال زيد خمسة وسبعين ديناراً فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة عنان وكذلك للبائع أيضاً أن يطالب عمراً بالخمسين ديناراً حسب الكفالة وإذا أدى عمرو الخمسين ديناراً للبائع من مال الشركة فبما أن نصف هذا المبلغ هو مال عمرو وأدّى من طرف عمرو حسب الكفالة لدين زيد فلعمرو حق الرجوع على زيد بالنصف المذكور ولكن لا يطرأ خلل على المفاوضة قبل رجوع عمرو على زيد لأن رأس مالهما يبقى خمسة وسبعين ديناراً ومازال متساوياً. أما إذا رجع عمرو بالنصف المذكور على زيد واستوفاه وقبضه فيتصاعد رأس مال عمرو إلى مائة دينار ويبقى رأس مال زيد خمسة وسبعين ديناراً فتنقلب حينئذ شركة المفاوضة إلى شركة عنان.

وكذلك إذا أدى ثمن المبيع من مال غير مال الشركة فإذا كان مالاً يصلح أن يكون رأس ما للشركة فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة العنان قبل الإعطاء والتأدية فيها إذا كان الإعطاء من أي واحد من الشريكين.

وذلك إذا اتهب زيد هذه الخمسين ديناراً من بكر وأداها لبائعه فحين الإتهاب والقبض تنقلب شركة المفاوضة إلى شركة عنان ويضمن نصف هذه الخمسين ديناراً التي أداها لبائعه لعمرو لأنها ماله الخاص، وإذا اتهب عمرو هذه الخمسين ديناراً وأداها للبائع فكذلك تنقلب شركة المفاوضة إلى شركة عنان حين الإتهاب والقبض وله الرجوع على زيد بالخمسين ديناراً التي أداها للبائع، ولكن إذا أدى ذلك من عروض غير صالحة لأن تكون رأس مال شركة فإذا كان المؤدي لها زيد المشتري فلا يطرأ خلل على المفاوضة، أما إذا أداها عمرو ثم رجع عمرو على زيد واستوفى بدلاً عن ذلك مالاً صالحاً لأن يكون رأس مال شركة فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة عنان.

مثلاً: إذا أدى زيد لبائعه مقابل دينه الخمسين ديناراً الخمسين شاة المملوكة له فلا يطرأ خلل على شركة المفاوضة، أما إذا أدى عمرو الخمسين ديناراً بعشرين بقرة يملكها فلا يطرأ أيضاً خلل على المفاوضة، أما إذا رجع عمرو بعد ذلك على زيد بالخمسين ديناراً واستوفاها منه نقداً فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة العنان، وأما إذا أخذ من زيد عند الرجوع عليه بدلاً عن الخمسين ديناراً عرصة فلا يطرأ خلل على المفاوضة (الشبلي ورد المحتار والطحطاوي بزيادة).

المسألة الثانية ـ لو قال أحد المفاوضين لآخر أريد شراء هذه الفرس لنفسي خاصة ولم يسكت

المفاوض وقال له: نعم خذها لنفسك فأخذها فيكون المال المشتري للمفاوض المشتري خاصة، أما لو قال أحد المفاوضين لآخر أريد شراء هذه الفرس لنفسي خاصة وسكت الآخر فاشتراها القائل فتكون الفرس مشتركة (الولوالجية).

المادة (١٣٥٨) - (كما يشترط في شركة الأموال أن يكون المفاوضان متساويين في مقدار رأس المال وفي حصصهما في الربح يشترط أيضاً أن لا يكون لأحدهما مال غير رأس مال الشركة يصلح لأن يكون رأس مال للشركة أي نقود أو أموال في حكم النقود. أما إذا كان لأحدهما مال غير رأس مال الشركة لا يصلح لأن يكون رأس مال للشركة كأن يكون له عروض أو عقار أو دين في ذمة آخر فلا يضر بالمفاوضة)

كما يشترط في شركة الأموال أي في شركة المفاوضة في الأموال أن يكون المفاوضان متساويين في مقدار رأس المال وفي حصصهما في الربح يشترط أيضاً أن لا يكون لأحدهما مال في يده أو في يد مستودعه موجود ابتداءً وبقاءً غير رأس مال الشركة يصلح لأن يكون رأس مال للشركة أي نقود أو أموال في حكم النقود كالذهب والفضة الغير المسكوكين أنظر المادتين (١٣٣١ و١٣٤٠). فلذلك كما يشترط تساوي رأس المال لأحد الشريكين يصلح لأن يكون رأس مال للشركة ابتداء أي حين عقد الشركة يشترط ذلك بقاء أيضاً، فلذلك لو ملك أحد الشريكين مالاً آخر أثناء عقد الشركة صالحاً لاتخاذه رأس مال للشركة فلا تصح شركة المفاوضة فعليه لو كان رأس مال الشريكين متساوياً حين عقد شركة المفاوضة وملك بعد ذلك أحدهما مالاً صالحاً لاتخاذه رأس مال للشركة بطريق الهبة أو الصدقة أو الوصية أي دخل في يده أو ورث مالاً كهذا تبطل شركة المفاوضة (رد المحتار).

أما إذا كان لأحدهما مال غير رأس مال الشركة لا يصلح لأن يكون رأس مال للشركة كأن يكون له عروض أو عقار أو دين في ذمة آخر ذهباً أو فضة فلا يضر بالمفاوضة. أنظر المادتين (١٣٤١ و ١٣٤٢) أما إذا توفي مورث أحد الشريكين وورث النقود التي في ذمم الناس فلا يضر ذلك بشركة المفاوضة ولكن إذا قبض واستوفى تلك الديون مؤخراً من أربابها فتنقلب شركة المفاوضة إلى عنان. أنظر المادة (١٣٦٢).

المادة (١٣٥٩) - (إذا عقد الشريكان في شركة الأعمال الشركة على أن لكل واحد منهما أن يتقبل ويلتزم أي عمل كان وأن يكونا ضامنين للعمل ومتعهدين به سوية ومتساويين في المنفعة والضرر وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً للآخر بما يترتب على أحدهما بسبب الشركة فتكون مفاوضة. وتجوز في هذه الصورة مطالبة أي واحد منهما بأجرة الأجير وأجرة الحانوت، وإذا أدعى شخص على أحدهما بمتاع وأقر أحدهما فينفذ إقراره حتى ولو أنكره الآخر)

إذا عقد الشريكان في شركة الأعمال الشركة على أن لكل واحد منهما أن يتقبل ويلتزم أي عمل كان يعني سواء كان الشريك المتقبل قادراً على إجراء ذلك العمل أو غير قادر كما أنه يجوز التعميم بأن يقال في الشركة جميع الأعمال أنظر شرح المادة (١٣٣١) وأن يكونا ضامنين للعمل ومتعهدين به سوية ومتساويين في المنفعة والضرر وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً للآخر بما يترتب على أحدهما بسبب الشركة فتكون هذه الشركة شركة مفاوضة (رد المحتار والبحر).

ولا يشترط في شركة الأعمال أن تكون تلك الأعمال من الأعمال المتفقة كما لا يشترط فيها اتحاد المكان.

فلذلك يجوز أن تكون تلك الأعمال من الأعمال المتفقة كما يجوز أن تكون من الأعمال المختلفة كما أشير إلى ذلك في المادة (١٣٣٢).

إن اتفاق خياطين على الاشتراك في الخياطة أو صباغين على الاشتراك في الصباغة هو من قبيل الإشتراك في الأعمال المتفقة، كما أن اشتراك خياط وصباغ في الخياطة والصباغة هو من قبيل الإشتراك في الأعمال المختلفة (الولوالجية بإيضاح) وبما أن كل واحد منهما كفيل للآخر فيطالب الصباغ بالخياطة وله أن يستخدم الأجير أو المعير في عمل ذلك العمل الذي لا يقدر على عمله لأن الشركة محمولة على التوكيل (عبد الحليم) كما أنه لا يشترط أن يكون الشريكان في شركة الأعمال في حانوت واحد أو بلدة واحدة بل لكل منهما أن يشتغل في حانوت آخر أو محل آخر لأن المعنى لها لا يتفاوت (البحر).

ولكن يشترط في شركة الأعمال أن يجوز العمل شرطين:

الشرط الأول: أن يكون العمل حلالاً فلا تصح الشركة في العمل الحرام كالإشتراك في السرقة والغصب والارتشاء.

الشرط الثاني: أن يكون العمل مما يجوز التوكيل فيه وأن يكون عملاً إذا قام به العامل يستحق الإجرة عليه كالاشتراك في تعليم الكتابة والقرآن والكتب الشرعية فلو اشترك إثنان في تعليم الكتب الشرعية جاز. أنظر المادة (٧٥٠).

ولا يجوز الاشتراك في الأعمال التي لا يجوز التوكيل فيها، فلذلك لو اشترك إثنان على أن يستعصيا ويسألا الناس وأن يقتسما ما يكسبانه من الإستعصاء والسؤال مناصفة بينهما فلا يجوز. أنظر شرح المادة (١٣٣٣). (عبد الحليم).

وتجوز في هذه الصورة مطالبة أي واحد منهما سواء كان الشريك المتعهد بالعمل أو الشريك الآخر بأجرة الأجير وإجرة الحانوت. أنظر القاعدة الأولى المذكورة في شرح المادة (١٣٥٦). لأن المتعهد منهما يجوز مطالبته أصالة باعتباره متعهداً ويجوز مطالبة الآخر حسب الشركة والكفالة ولكل منهما أن يطلب الاجرة من صاحب العمل ولو كان القائم بالعمل غيره (القهستاني). أنظر القاعدة الأولى الواردة في شرح المادة (١٣٥٦).

وإذا أدعى شخص على أحدهما بمتاع وأقر أحدهما فينفذ إقراره حتى ولو أنكره الآخر ويلزم الآخر بإقرار شريكه. أنظر المادة (١٣٥٦).

المادة (١٣٦٠) - (إذا عقد إثنان الشركة على شراء المال نسيئة وبيعه على أن يكون المال المشتري وثمنه وربحه مشتركاً بينهما مناصفة وكل واحد منهما كفيل الآخر فتكون مفاوضة شركة وجوه)

إذا عقد إثنان الشركة، ويشترط أن يكونا أهلاً للوكالة والكفالة، على شراء المال نسيئه وبيعه نقداً على أن يكون المال المشتري وثمنه إذا بيع لآخر وربحه مشتركاً وأن يلزمهما ثمن المال المشتري مناصفة وكل واحد منهما كفيل الآخر بالمال فتكون مفاوضة شركة وجوه لأنه إذا ذكر جميع مقتضيات المفاوضة في عقد الشركة فلا يلزم بعد ذلك التلفظ بكلمة المفاوضة كما سيفصل في شرح المادة الآتية

وسبب جواز هذا النوع من الشركة هو أن المقصود من الشركة تحصيل الربح وهذا ممكن بالتوكيل فيكون كل شريك مهما في نصف المال المستفاد أصيلاً وفي النصف الآخر وكيلاً فتتحقق الشركة في المال المستفاد (البحر) أما إذا ذكرت شركة الوجوه بصورة مطلقة فتصرف على شركة العنان بناء على التعارف والاعتياد (البحر).

وإذا لم يتحقق أحد الشروط المذكورة فتكون الشركة شركة عنان. أنظر المادة (١٣٦٢).

ويستفاد من هذه المادة ومن المواد الآنفة أن شروط المفاوضة تختلف في المواضع الثلاثة أي في شركة الأموال وشركة الأعمال وشركة الوجوه، وإن معنى المفاوضة في شركة الأموال هو معنى حقيقي أما في شركة الوجوه فالظاهر أنه مجازي (رد المحتار والقهستاني).

المادة (١٣٦١) - (يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة أو تعداد شرائط المفاوضة، وإذا ذكرت الشركة على الإطلاق تكون عناناً)

يشترط في عقد المفاوضة النص على المفاوضة أي ذكر لفظ المفاوضة أو التصريح بمعنى المفاوضة بتعداد شروطها، ومعنى ذلك أن المفاوضة تعقد على صورتين:

الصورة الأولى: تعقد المفاوضة بذكر لفظ المفاوضة فلذلك إذا ذكر لفظ المفاوضة فلا يبقى ثمة حاجة لذكر جميع شروط المفاوضة لأن أكثر الناس لا يعلمون جميع شروط المفاوضة فالتصريح بلفظ المفاوضة يقوم مقام التنصيص على شرائطها حتى أنه إذا ذكر في الشركة لفظ المفاوضة ولم يكن الشريكان واقفين على معناها فيصح أيضاً لأن لفظ المفاوضة هو من الألفاظ الصريحة ولا تحتاج الألفاظ الصريحة إلى النية حيث إن لفظ المفاوضة على تمام المساواة في أمر الشركة فإذا ذكراه تثبت أحكامه اقامة للفظة مقام المعنى (رد المحتار والطحطاوي والبحر ومجمع الأنهر والدر المنتقى).

الصورة الثانية: تعقد المفاوضة بذكر جميع شروطها مع عدم ذكر لفظ المفاوضة، فلذلك إذا بين معنى لفظ المفاوضة أي ذكر جميع الشروط الواجب وجودها في المفاوضة أي معنى المفاوضة التام تنعقد شركة المفاوضة لأن الاعتبار للمعاني لا للألفاظ والمباني كما جاء في المادة الثالثة (الدرر).

مثلاً لو قال بالغ لبالغ آخر: إنني شاركتك في جميع ما أملكه من النقود الصالحة لأن تكون رأس مال شركة على أن يكون جميع ما تملكه من النقود الصالحة لأن تكون رأس مال شركة رأس مال للشركة على أن نشتغل في عموم التجارات ونشتري مالاً بالنقد ونبيعه بالنسيئة وأن يكون كل منا مفوضاً تفويضاً عاماً بذلك وأن يكون كل منا كفيلاً للآخر بما يترتب في ذمته من التجارة وأجابه الآخر بالقول فتكون قد عقدت شركة المفاوضة بذكر جميع شرائط المفاوضة (رد المحتار).

وكذلك قد عقد في المادة (الـ ١٣٥٩ و ١٣٦٠) شركة مفاوضة أعمال وشركة مفاوضة وجوه بتعداد جميع شرائطها (رد المحتار).

وإذا ذكرت الشركة على الإطلاق تكون شركة عنان.

المادة (١٣٦٢) - (إذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل على الوجه المار تنقلب المفاوضة عناناً. مثلاً إذا دخل إلى يد أحد من المفاوضين في شركة الأموال مال بطريق الإرث أو الهبة فإذا كان مالاً كالنقود يصلح لأن يكون رأس مال شركة تنقلب المفاوضة عناناً أما إذا كان مالاً كالعروض والعقار الذي لا يصلح لأن يكون رأس مال شركة فلا تخل بالمفاوضة)

كل موضع لا تصح فيه المفاوضة لفقدان شروطها وكان ذلك الشرط غير لازم لشركة العنان فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة العنان (البحر).

فلذلك إذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل أي الوارد في المفاوضة على الوجه المار وكان الشرط المفقود غير مشروط وجوده في شركة العنان فتنقلب شركة المفاوضة إلى شركة العنان لأن شركة العنان أخص فإذا بطل الأعم تعين الأخص (الزيلعي).

أما إذا كان الشرط المفقود في المفاوضة مشروطاً وجوده في شركة العنان أيضاً (كالإخلال بشرط تقسيم الربح بين الشركاء جزءاً شائعاً كالنصف والثلث والربع) فكما لا تصح المفاوضة لا تصح أيضاً شركة العنان وتكون الشركة فاسدة (الطحطاوي).

إن الشروط الواجب وجودها في المفاوضة كما أنه يشترط وجودها ابتداء وحين العقد يشترط وجودها بقاء أيضاً. أنظر شرح المادتين (١٣٣١ و ١٣٥٨).

فلذلك إذا لم توجد الشروط المذكورة ابتداء فتنعقد الشركة عناناً ولكن إذا وجدت الشروط ابتداء ولم توجد بقاء فتنعقد الشركة ابتداء مفاوضة وتنقلب الشركة إلى عنان حين فقد أحد الشروط، فلذلك لو حذف لفظ «تنقلب» وقيل بدلاً عن هذا اللفظ أن المفاوضة تكون عناناً كما ذكر في البحر والزيلعي لكان التعبير شاملاً للصورتين المذكورتين.

مثلاً إذا دخل إلى يد أحد من المفاوضين في شركة الأموال مال بطريق الإرث أو الهبة أو

الوصية أو الصدقة أي قبض المال الموهوب أو المتصدق به أو المال الموصى به فإذا كان هذا المال كالنقود أي دراهم أو دنانير أو فلوس رائجة مما يصلح لاتخاذه رأس مال شركة فبما أنه يكون قد اختل شرط تساوي رأس المال فتنقلب المفاوضة إلى عنان حيث لا يشترط في شركة العنان تساوي رأس المال (الطحطاوي) لأن البقاء فيها ليس لازماً من العقود له حكم الابتداء والمفاوضة منه (البحر).

ولا يشترط في الإرث أن تدخل النقود الموروثة إلى يد الوارث لبطلان المفاوضة بل بمجرد موت المورث يصبح الوارث ملكاً للموروث وتنقلب شركة المفاوضة إلى عنان (رد المحتار) وذلك لو كان الشريكان في دمشق وتوفي مورث أحدهما في البصرة وكان في خزينة المتوفي نقود فتنقلب شركة المفاوضة إلى عنان بدون حاجة لأن يسافر الشريك الوارث إلى البصرة ويقبض النقود هناك.

كذلك لو كان رأس مال أحد الشريكين عشرة دنانير ورأس مال الاخر فضة قيمتها عشرة وتزايدت قيمة الفضة أو الذهب قبل الشراء بالمالين وفاتت المساواة فتنقلب المفاوضة عناناً، أما إذا حصل التزايد بعد الشراء فينظر: فإذا حصل التزايد بعد الشراء بالمالين وقبل التسليم إلى البائع فلا تفسد استحساناً، وإذا حصل الشراء بأحد المالين وكان رأس المال الذي تزايدت قيمته غير المال الذي اشترى به فتفسد المفاوضة. أما إذا تزايد المال الذي اشترى به فلا تفسد. والفرق أنه في القدر إنما هو فضل أحدهما صاحبه فيما يصلح رأس مال المفاوضة فإن المشترى بينهما على الشركة ولأحدهما زيادة دراهم بخلاف الزيادة من حيث القيمة بعد الشراء فإنها حصلت في مال الغير لا في مال أحدهما فلم يفت التساوي في مالهما (البحر).

وصيرورة المفاوضة عناناً غير منحصرة بفقدان الشروط المذكورة في هذا الفصل بل تصير شركة المفاوضة عناناً أيضاً في حالة فقدان شرط من الشروط التي يجب وجودها في المفاوضة ولا يقتضي وجودها في العنان، وذلك لو عقدت مفاوضة بين بالغ وصبي فلا تكون الشركة المذكورة، لفقدان الشرط المذكور في المادة (١٣٣٤)، مفاوضة بل تكون عناناً. أنظر المادة (١٣٤٥) (رد المحتار).

أما إذا كان مالاً لا يصلح أن يكون رأس مال شركة كالعروض والعقار والديون فلا يخل بالمفاوضة، لو كان لأحد الشريكين حين عقد الشركة مال من هذا النوع غير رأس مال الشركة فلا يخل بالمفاوضة كما أنه لو دخل في يد أحدهما مال من هذا النوع بعد عقد المفاوضة فلا يخل أيضاً بالمفاوضة لأن هذا النوع من المال غير صالح ابتداء لأن يكون رأس مال شركة فلا يبطل العقد بقاء. أنظر المادتين (١٣٤١ و ١٣٤٢).

مثلاً لو ورث أحد المفاوضين ديوناً في ذمم الناس فلا يطرأ خلل على المفاوضة. أما إذا قبض واستوفى مؤخراً مقداراً من تلك الديون فتنقلب شركة المفاوضة إلى العنان (رد المحتار والطحطاوي ومجمع الأنهر).

المادة (١٣٦٣) - (كل ما كان شرطاً لصحة العنان كان شرطاً لصحة المفاوضة)

وذلك أنه يشترط لصحة شركة العنان، أولاً: أن يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل، ثانياً: أن يكون الربح معلوم المقدار، ثالثاً: أن يكون الربح جزءاً شائعاً، رابعاً: أن يكون رأس المال من قبيل النقود، خامساً: أن يكون رأس المال عيناً، سادساً: أن يكون الشريكان عاقلين مميزين أي أن هذه الشروط الستة هي شروط مشتركة. أنظر المواد (١٣٣٣ و ١٣٣٦ و ١٣٣٧ و ١٣٣٨ و ١٣٤١ و ١٣٤٢).

ولا يقال بالعكس أي كل ما كان شرطاً لصحة شركة المفاوضة كان شرطاً لصحة العنان لأن لشركة المفاوضة شرائط خاصة، وهي أولاً: أهلية المفاوضين للكفالة. أنظر المادة (١٣٣٤) ثانياً: التساوي في مقدار رأس مال المفاوضين، ثالثاً: التساوي في حصصهما في الربح، رابعاً: أن لا يكون لأحدهما أموال أخرى صالحة لاتخاذها رأس مال شركة أنظر المادة (١٣٥٨) فهذه الشروط الأربعة هي شرائط المفاوضة الخاصة ولا تشترط في العنان.

الأحكام التي تتحد وتفترق فيها شركة العنان والمفاوضة:

قد بين في هذه المادة وفي المادة الآتية الأحكام التي تتحد فيها شركة المفاوضة مع شركة العنان وقد بين في المادة (١٣٦٥) الأحكام التي تفترق فيها الشركتان.

المادة (١٣٦٤) - (كل ما جاز من التصرف للشريكين في شركة العنان يجوز أيضاً للمفاوضين)

وذلك أولاً: لكل واحد من المفاوضين أن يبيع مال الشركة نقداً أو نسيئة بثمن قليل أو أكثر أنظر المادة (١٣٧٣).

ثانياً: لكل واحد من المفاوضين إذا كان في يده مال من رأس مال الشركة أن يشتري مالاً نقداً أو نسيئة. أنظر المادة (١٣٧٤).

ثالثاً: لكل واحد من المفاوضين أن يودع ويضع مال الشركة وأن يشارك عليه شركة مضاربة وأن يعقد عقد إجارة كأن يستأجر حانوتاً لحفظ مال الشركة وأن يستأجر أجيراً وأن يوكل آخر في امور الشركة وأن يبيع ويشتري نقداً ونسيئة وأن يحط من الثمن من أجل العيب أنظر المادة (١٣٧٩) وشرحها.

رابعاً: إذا ذهب أحد المفاوضين إلى ديار أخرى من أجل الشركة يأخذ مصرفه من مال الشركة أنظر المادة (١٣٨١).

ولا يقال بعكس هذه المادة أي أنه كل ما جاز من التصرف للمفاوضين يجوز أيضاً للشريكين في شركة العنان لأنه يوجد بعض تصرفات للمفاوضين الحق في التصرف بها وليس للشريكين عناناً الحق في ذلك وهي :

أولاً - لأحد المفاوضين أن يعقد شركة عنان مع آخر بدون إذن شريكه لأن شركة العنان أخص وأدون من شركة المفاوضة وكما ينفذ هذا العقد في حقه ينفذ أيضاً في حق شريكه مع أنه ليس لشريك في شركة عنان أن يعقد شركة عنان أو مفاوضة مع آخر بدون إذن شريكه أنظر المادة (١٣٧٩) (الهندية بزيادة)

ثانياً - للشريك المفاوض الرهن.

ثالثاً - الارتهان

رابعاً - الإقرار بالرهن والإرتهان مع أنه ليس للشريك في شركة عنان ذلك. أنظر شرح المادة (١٣٧٩)

كما أنه توجد بعض تصرفات ليس للشريكين عناناً إجراؤها كما أنه ليس للشريكين مفاوضة إجراؤها أيضاً وهي الإقراض وهبة مال الشركة. أنظر شرح المادة (١٣٧٩) والمادة (١٣٨٠)

الفصل السادس

(في شركة العنان ويحتوي على ثلاثة مباحث)

إن مباحث هذا الفصل هي في شركة العنان كما يستدل على علك من عنوان الفصل، إلا أنه يستفاد من المادة السالفة أن بعض التصرفات المذكورة في هذا الفصل هي جارية ومرعية في شركة المفاوضة أيضاً، وسيبين ذلك أثناء شرح المواد. أنظر شرح المواد (١٣٧٩ و ١٣٨٠ و ١٣٨٢)

المبحث الأول

(في بيان المسائل المتعلقة بشركة الأموال)

المادة (١٣٦٥) - (لا يشترط في الشريكين شركة عنان أن يكون رأس مالهما متساوياً فيجوز أن يكون رأس مال أحدهما أزيد من رأس مال الآخر، ولا يكون كل واحد منهما مجبوراً على إدخال جميع نقوده في رأس المال بل لهما أن يعقدا الشركة على مجموع مالهما أو على مقدار منه، فلذلك يجوز أن يكون لهما مال يصلح لاتخاذه رأس مال شركة غير رأس مال الشركة)

تفترق شركة العنان عن المفاوضة في خمسة أوجه وهي :

أولاً ـ لا يشترط في الشريكين شركة عنان أن يكون رأس مالهما متساوياً، وعليه فكما يجوز أن يكون رأس مالهما متساوياً يجوز أن يكون رأس مال أحدهما أزيد من رأس مال الآخر أيضاً.

إن هذه الفقرة هي عين الفقرة الأولى من المادة (١٣٥١) أما في شركة المفاوكة فالتساوي شرط في رأس المال. أنظر المادة (١٣٥٨).

ثانياً ـ ولا يكون كل واحد منهما مجبوراً على إدخال جميع نقوده أي جميع أمواله الصالحة لاتخاذها رأس المال بل لهما أن يعقدا الشركة على مجموع مالهما أو على مقدار منه، فلذلك يجوز أن يكون للشريكين مال آخر يصلح لاتخاذه رأس مال شركة كالنقد مثلاً غير رأس مال الشركة الذي أدخل في الشركة، أي إذا وجد للشريكين أو لأحدهما مال صالح لاتخاذه رأس مال شركة غير المال الذي اتخذاه رأس مال شركة فلا يفسد ذلك شركة العنان مع أنه يفسد شركة المفاوضة. أنظر المادة (١٣٥٨) ولذلك فشركة العنان في هذه المسألة ليست كشركة المفاوضة.

ثالثاً ـ يجوز أن يكون رأس مال الشريكين في شركة عنان متفاوتاً في القيمة ومختلف الجنس. مثلاً: كأن يكون رأس مال أحد الشريكين مائة دينار ويكون رأس مال الآخر خمسين ريالاً (البحر ورد المحتار وواقعات المفتين) أنظر شرح المادة (١٣٣٨). مع أنه في شركة المفاوضة إذا كان رأس المال مختلف الجنس فيشترط التساوي في قيمته. أنظر شرح المادة «الـ ١٣٣٨».

رابعاً ـ لا يشترط في شركة العنان تقسيم الربح بالتساوي ويصح الإتفاق بين الشريكين على تقسيمه بالتفاضل مع أنه يشترط في شركة المفاوضة تقسيم الربح بالتساوي. أنظر المادة (١٥٣٨).

خامساً ـ تعقد شركة العنان على عموم التجارة كما أنها تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة كما سيبين في المادة الآتية. أما شركة المفاوضة فتعقد على عموم التجارات على قول ولا تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة. أنظر المادة (١٣٣١).

المادة (١٣٦٦) ـ (كما يجوز عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على نوع تجارة خاصة أيضاً كعقدها مثلاً على تجارة الغلال)

تقسم شركة العنان على الوجهين الآتيين أيضاً:

الوجه الأول ـ كما يجوز عقد شركة العنان على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على نوع تجارة خاصة أيضاً، كعقدها مثلاً على تجارة الغلال (البحر). أما شركة المفاوضة فعلى قول كما يجوز عقدها على عموم التجارات يجوز عقدها على نوع خاص من أنواع التجارة، وعلى قول آخر لا يجوز عقدها إلا على عموم التجارات. أنظر شرح المادة (١٣٣١).

الوجه الثاني ـ كما يجوز أن تكون شركة العنان مطلقة يجوز أن تكون موقتة أيضاً لأن الشركة

مبنية على الوكالة فكما يجوز آن تكون الوكالة عامة وخاصة ومطلقة ومقيدة فتجوز الشركة أيضاً (البحر) فإذا وقتت الشركة بوقت معين كأن يقول أحد لآخر: ما اشتريته اليوم يكون مشتركاً بيننا فتنفسخ الشركة بمرور ذلك الوقت وما يشتريه أحد الشريكين بعد مرور الوقت المذكور يكون غير مشترك ويكون خاصاً بالمشتري. أنظر شرح المادة (١٣٥٢) كما هو في المضـاربة. أنـظر المادة (١٤٢٣) (رد المحتار والبحر).

المادة (١٣٦٧) - (على أي وجه شرط تقسيم الربح في الشركة الصحيحة يراعى ذلك الشرط على كل حال إذا كان موافقاً للشرع)

على أي وجه شرط تقسيم الربح على الوجه المبين في المادة (١٣٣٦) في الشركة الصحيحة يراعي ذلك الشرط على كل حال. أنظر المادة (٨٣) إذا كان موافقاً للشرع أي أنه كما يصح شرط تقسيم الربح بالتساوي يصح شرط تقسيمه بالتفاضل. وقوله في الشركة الصحيحة هو أنه لا يصح شرط التفاضل في الشركة الفاسدة ويقسم الربح فيها تبعاً لنسبة رأس المال كما سيبين في المادة الآتية (الطحطاوي).

ويستدل من عنوان هذا البحث أن حكم هذه المادة جار في شركة العنان. أما في شركة المفاوضة فيشترط التقسيم متساوياً كما ذكر في المادة (١٣٥٨).

المسألة الأولى - قد ذكر في المادة (١٣٧٠) أنه إذا شرط بين الشريكين تقسيم الربح بالنسبة إلى مقدار رأس مالهما متساوياً أو متفاضلاً صح هذا الشرط ويقسم الربح على الوجه المشروط بينهما.

المسألة الثانية - قد ذكر في المادة (١٣٧١) أنه إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرط لأحدهما حصة أكثر من الآخر من الربح كثلثيه مثلاً فإذا كان مشروطاً عملهما صحت الشركة واعتبر الشرط.

المسألة الثالثة - إذا كان الشريك المشروط له حصة زائدة في الربح في المسألة الآنفة هو الشريك المشروط عمله فتصح الشركة أيضاً ويعتبر الشرط.

المسألة الرابعة - قد ذكر في المادة (١٣٧٢) أنه إذا كان رأس مال الشريكين متفاضلاً وشرط تقسيم الربح بالتساوي وشرط عمل الشريكين في الشركة أو شرط عمل الشريك الذي شرط له زيادة في الربح فتصح الشركة ويعتبر الشرط.

أما إذا كان الشرط غير موافق للشرع فلا يراعى ذلك الشرط بل يقسم الربح على مقدار رأس المال.

مسائل متفرعة عن ذلك:

١ ـ قد ذكر في المادة (١٣٧١) أنه إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرط لأحدهما حصة زائدة في الربح وشرط العمل على الشريك الذي شرط له حصة قليلة في الربح فيقسم الربح على مقدار رأس مالهما.

٢ ـ قد ذكر في المادة (١٣٧٢) أنه إذا كان رأس مال الشريكين متفاضلاً وشرط العمل على الشريك ذي رأس المال القليل فقط وشرط تقسم الربح متساوياً فلا يعتبر هذا الشرط ويقسم الربح بنسبة رأس مالهما.

٣ ـ قد ذكر في المادة (١٤٠٢) أنه إذا شرط في شركة الوجوه ربح أكثر من حصته في المال المشترك فالشرط لغو ويقسم الربح بينهما بنسبة حصصهما في المال المشترك.

تقسيم العروض بين الشركاء:

إذا كان الربح من النقود فيقسم على الوجه المبين في المجلة، أما إذا أريد تقسيم الأمتعة التي اشتريت فتقدر قيمة تلك الأمتعة وقت اشترائها يقسم الربح بينهم على تلك النسبة (البحر).

المادة (١٣٦٨) ـ (يقسم الربح والفائدة في الشركة الفاسدة بنسبة مقدار رأس المال، فإذا شرط ربح زائد لأحد الشريكين فلا يعتبر)

يوجد ثلاثة احتمالات في الشركة الفاسدة:

١ ـ أن يكون رأس المال في هذه الشركة من الشريكين، وفي هذه الصورة يقسم الربح والفائدة بنسبة رأس مال كل منهما لأن الاستحقاق للزيادة والربح إنما يحصل بالتسمية والاتفاق على ذلك فإذا فسدت الشركة فتفسد التسمية التي في ضمن الشركة، ويمحصر سبب الاستحقاق برأس المال فقط، وبما أن الربح هو نماء رأس المال ومنفعته وتابع للمال فوجب تقديره بمقدار المال كما أن الحاصلات في الزراعة تتبع البذر، أنظر المادة (١٤٣٩).

فلذلك إذا شرط لأحد الشريكين حصة زائدة من الربح فلا يعتبر هذا الشرط لأنه في هذا الحال يبقى المال مشتركاً بينهما شركة ملك وقد ذكر في المادة (١٠٧٣) أن الربح والحاصلات في شركة الملك تقسم بنسبة حصص الشريكين في ذلك الملك، فلذلك لو كان المال مشتركاً مناصفة بينهما وشرط تقسيم الربح أثلاثاً واتفق على ذلك بينهما فيبطل الشرط ويقسم الربح مناصفة. وقسم من المادة (١٣٧١) والفقرة الأخيرة من المادة (١٣٧٢) متفرعة عن هذه المادة والذي يبين في هذه المادة من المجلة هو الاحتمال الأول.

٢ ـ أن يكون رأس المال في هذه الشركة من طرف واحد فقط، وفي هذه الشركة من طرف واحد فقط، وفي هذه الصورة يعود كل الربح لربّ المال ويكون للآخر حق بأخذ أجر مثله.

٣ ـ أن لا يكون في هذه الشركة رأس مال من أحد، وفي هذه الصورة يكون الربح للعامل

فقط أنظر المادتين (١٣٤٣ و١٣٤٤) (رد المحتار والطحطاوي والبحر ومجمع الأنهر وواقعات المفتين)

المادة (١٣٦٩) - (الضرر والخسارة التي تحصل بلا تعد ولا تقصير تقسم في كل حال بنسبة مقدار رؤوس الأموال، وإذا شرط خلاف ذلك فلا يعتبر)

الضرر والخسارة التي تحصل بلا تعد ولا تقصير تقسم في كل حال، أي أنه لو شرط خلاف ذلك سواء في الشركة الصحيحة أو الفاسدة، بنسبة مقدار رؤوس الأموال وإذا شرط انقسامها على وجه اخر فلا يعتبر أي أن شرط تقسيم الوضيعة والخسارة على وجه آخر باطل حيث قد ورد في الحديث الشريف (الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) (مجمع الأنهر) من غير فصل بين التساوي والتفاضل (الدر المنتقى).

مثلاً إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرط أن يكون ثلثا الضرر والخسارة على أحدهما وثلثه على الآخر فالشرط فاسد والشركة صحيحة لأن الشركة لا تفسد بالشروط الفاسدة ويقسم الضرر والخسارة مناصفة (رد المحتار وتعليقات ابن عابدين على البحر).

المادة (١٣٧٠) - (إذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما سواء كان رأس مالهما متساوياً أو متفاضلاً صح، ويقسم الربح بينهما بنسبة رأس مالهما على الوجه الذي شرطاه سواء شرط عمل الإثنين أو شرط عمل واحد منهما فقط فيكون رأس مال الآخر في يده في حكم البضاعة)

إذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما سواء كان رأس المال متساوياً أو متفاضلاً صح. أنظر المادة (١٣٦٧). وفي هذا الحال يقسم الربح بينهما بنسبة رأس مالهما على الوجه الذي شرطاه. أنظر المادة (٨٣). لأنه قد ذكر في المادة السابقة أنه ورد الحديث الشريف بـ أن (الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين). (مجمع الأنهر).

وفي هذا الحال إذا كان رأس المال متساوياً وإذا كان متفاضلاً يكون متفاضلاً بنسبة ذلك سواء شرط عمل الإثنين في حالة كون الشركاء إثنين في الشركة أو شرط عمل أحدهما فإذا شرط عمل الإثنين فيكون الاستحقاق للربح للمال وللعمل معاً أما إذا شرط عمل أحدهما فيكون استحقاقه للربح للمال وللعمل معاً واستحقاق الآخر للربح للمال فقط ولذلك فالربح في الصورتين هو مستند على الأقل على أحد الأمور الثلاثة المذكورة في المادة (١٣٤٧).

إلا أنه إذا شرط عمل واحد منهما فقط فيكون رأس مال الشريك الآخر الغير العامل في يد الشريك العامل في حكم البضاعة فلذلك يكون تمام ربح رأس مال الشريك المبضع الغير العامل للمبضع كما تكون جميع الخسارة في رأس المال عائدة عليه (رد المحتار وواقعات المفتين)

وفي ذلك أربع صور:

١ ـ أن يكون رأس المالين متساوياً والربح متساوياً ومشروطاً عمل الإثنين فهذه الصورة جائزة واستحقاق الشريكين للربح يكون للمال وللعمل معاً.

٢ ـ أن يكون رأس المالين متساوياً والربح متساوياً إلا أنه مشروط عمل أحدهما فهذه الصورة جائزة أيضاً ويكون الشريك الغير العامل مبضعاً واستحقاقه للربح للمال واستحقاق الآخر للربح للمال وللعمل معاً ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته (رد المحتار).

٣ ـ أن يكون رأس المالين والربح متفاضلين كأن يكون مثلاً رأس مال أحدهما مائتي دينار ورأس ما الآخر مائة دينار ويكون ثلثا الربح لصاحب المائتي الدينار وثلثه لصاحب المائة دينار وأن يكون عملهما مشروطاً وهذه الصورة جائزة أيضاً واستحقاق الشريكين للربح للمال وللعمل.

٤ ـ أن يكون رأس المالين والربح متفاضلين، كأن يكون مثلاً رأس مال أحدهما مائتي دينار ورأس مال الآخر مائة دينار ويكون ثلثا الربح لصاحب المائتي دينار وثلثه لصاحب المائة دينار ويكون مشروطاً عمل أحدهما فقط، وهذه الصورة جائزة أيضاً، والاستحقاق للربح في هذا الحال مقابل المال والعمل للشريك المشروط عمله مقابل المال للشريك الآخر.

والصورتان الأولى والثالثة هما شركة عنان، والصورتان الثانية والرابعة هما بضاعة.

أما إذا لم يشرطا تقسيم الربح بنسبة رأس مالهما بل شرطا لأحدهما حصة زائدة من الربح فإذا كان مشروطاً عمل كليهما فتصح الشركة ويعتبر الشرط وفي ذلك صورتان:

١ ـ أن يكون رأس المالين متساوياً والربح متفاضلاً كأن يكون ثلث وثلثان وأن يشترط عمل الإثنين، والفقرة الأولى من المادة الآتية هي هذه الصورة.

٢ ـ أن يكون رأس المالين متفاضلاً والربح متفاضلاً كأن يكون رأس مال أحدهما مائة دينار ورأس مال الآخر مائتي دينار ويكون ثلث الربح لصاحب المائتي دينار وثلثاه لصاحب المائة دينار مع شرط عمل كليهما وهذه صحيحة. والصورة الأولى من المادة (الـ ١٣٧٢) هي نظير لها. أما إذا كان مشروطاً عمل أحدهما فقط فينظر: فإذا شرط العمل على الشريك الذي شرط له حصة زائدة في الربح صح والصورة الأولى والفقرة الثالثة من المادة (١٣٧١) والفقرة الثانية من المادة (١٣٧٢) هي مثال ونظير لهذه الصورة.

أما إذا لم يشرط العمل على الشريك الذي له حصة زائدة في الربح بل شرط العمل على الشريك الآخر فلا يصح ويقسم الربح بنسبة رأس مالهما. والصورة الثانية من الفقرة الثانية من المادة (١٣٧٢) هي مثال ونظير لهذه الصورة.

المادة (١٣٧١) ـ (إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرط لأحدهما

حصة زائدة من الربح كثلثيه مثلاً، فإذا كان عمل الإثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر (أنظر المادة ١٣٤٥)، أما إذا شرط عمل أحدهما فقط فينظر: فإذا شرط العمل على الشريك الذي حصته من الربح زائدة فتصح الشركة أيضاً ويعتبر الشرط ويستحق ذلك الشريك بماله وبعمله الزيادة، لكن حيث كان رأس مال شريكه في يده في حكم مال المضاربة فتكون الشركة شركة شبيهة بالمضاربة. وأما شرط العمل الشريك الذي حصته من الربح قليلة فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس ماليهما حيث أنه إذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال أو عمل أو ضمان للزيادة التي سيأخذها الشريك الغير العامل لأن الاستحقاق للربح إنما يكون بأحد هذه الأمور الثلاثة (أنظر المادتين ١٣٤٧ و ١٣٤٠)

إذا كان رأس مال الشريكين متساوياً وشرطا لأحدهما حصة زائدة عن نسبة رأس مال من الربح كثلثيه مثلاً ففي ذلك ثلاث صور:

١ ـ أن يكون عمل الإثنين مشروطاً معاً بالتساوي فإذا شرط عملهما معاً على هذا الوجه فالشركة صحيحة والشرط معتبر حيث إن الشريك الماهر في العمل لا يقبل المساواة فحصلت الحاجة للتفاضل في الربح، وفي هذه الصورة يستحق صاحب ثلث الربح برأس ماله وبعمله أيضاً كما أن صاحب ثلثي الربح يستحق ثلث الربح الآخر لمهارته في عمله لأنه كما يكون المال سبباً لاستحقاق الربح فالمهارة في العمل أيضاً سبب لاستحقاقه لأن لأحد العملين قيمة زائدة بالنسبة إلى العمل الآخر. أنظر المادة (١٣٦٧) خلافاً لزفر، ولنا قوله ﷺ «الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين». (شرح المجمع).

فلذلك يقسم الربح على الوجه المشروط. أنظر المادة (٨٣) ولو عمل فقط أي أنه إذا كان مشروطاً عمل الإثنين وعمل أحدهما ولم يعمل الآخر لعذر كالمرض والغيبة أو لغير عذر فيستحق الربح المشروط لأن الشركة تتضمن الوكالة. أنظر المادة (١٣٤٩) (رد المحتار والبحر).

ويستفاد من تصوير المجلة أنه تشترط الشركة في الربح، لأنه إذا لم تكن شركة الربح وشرط كل الربح لأحد الشريكين فلا تصح الشركة لانقطاعها لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال (البحر). أنظر المادة (١٣٤٥).

٢ ـ أن يشترط عمل أحدهما أو يشترط عمل أحدهما كثيراً وعمل الآخر قليلاً فينظر: فإذا كان العمل أو زيادة العمل مشروطاً على الشريك الذي له حصة زائدة في الربح صحت الشركة

أيضاً واعتبر الشرط. أنظر المادة (٨٣) ويكون ذلك الشريك الذي شرط عمله مستحقاً بما له لربح رأس ماله وبعمله أو بزيادة عمله لزيادة الربح أي يكون ربح رأس ماله مقابل ماله وما يزيد من الربح مقابل عمله أو زيادة عمله.

لكن حيث كان رأس مال لشريكه في يده في حكم مال المضاربة فتكون الشركة شركة عنان شبيهة بالمضاربة ويكون الشريك المشروط عليه العمل مضارباً في حصة شريكه. وقد ذكر في رد المحتار والطحطاوي (إن رأس مال شريكه يكون في يده مضاربة) أنظر المادتين (١٤١٥ و١٤١٦)

٣ ـ وأما إذا شرط العمل أو زيادة العمل على الشريك الذي حصته قليلة من الربح فهذا الشرط غير جائز ويكون مال الشريك الآخر في يد الشريك المشروط عليه العمل بضاعة ويقسم الربح والخسار أيضاً بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما. أنظر المادة (١٣٦٨) أي أنه ليس للشريك الذي شرط له زيادة ربح أخذ تلك الزيادة بل له أن يأخذ مقداراً من الربح بنسبة ما يصيب رأس ماله منه.

كذلك لو أعطى أحد لآخر مائتي دينار على أن تكون مائة دينار منها رأس ماله والمائة الأخرى قرضاً للشريك وشرط لنفسه ثلثي الربح والثلث لشريكه فإذا شرط العمل على الشريك المعطى النقود فيصح التفاضل في الربح على هذا الوجه ويستحق الربح برأس ماله والزيادة بعمله. أما إذا شرط العمل على الشريك الآخر فيكون التفاضل في الربح باعثاً لربح ما لم يضمن فهو غير صحيح وله أخذ نصف الربح فقط (رد المحتار).

لأنه إذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه أي أعطى الشريك الغير العامل حصة زائدة في الربح فلا يكون مقابل للزيادة التي سيأخذها الشريك من مال أو عمل أو ضمان، فلذلك تكون هذه الزيادة ربح ما لم يضمن حيث إن الاستحقاق للربح إنما يكون بأحد هذه الأمور الثلاثة. أنظر المادتين (١٣٤٧ و ١٣٤٨).

وقد بقي قسم آخر وهو أن يشرط الربح لأحد الشريكين وهذا القسم غير جائز لأنه إذا شرط هذا الشرط فإذا كان الربح للعامل كان قرضاً وإذا شرط لرب المال كان بضاعة (الطحطاوي) وقد ذكر آنفاً.

وموضوع المسألة صورة التساوي في رأس المال، أما إذا كان رأس مال أحدهما أزيد من رأس مال الآخر كأن يكون مثلاً رأس مال أحدهما مائة دينار ورأس مال الآخر مائتي دينار وشرط لأحدهما زيادة في الربح كثلثيه مثلاً ففي ذلك صورتان:

١ ـ أن يشترط عمل كليهما وفي هذا الحال تصح الشركة ويعتبر الشرط.

مثلاً شرط ثلثا الربح لصاحب المائتي وثلثه لصاحب المائة دينار وكان مشروطاً عملهما صح وهو من قبيل المادة (١٣٨٠)، كما أنه لو شرط ثلثا الربح لصاحب المائة دينار وثلثه لصاحب المائتي دينار وكان مشروطاً عملهما صح أيضاً.

٢ ـ أن يكون عمل أحدهما مشروطاً فقط: وفي هذا الحال إذا كان العمل مشروطاً على الشريك الذي شرط له حصة زائدة في الربح صح أيضاً، وأما إذا شرط على الشريك الذي حصته من الربح قليلة فلا يصح كما يفهم ذلك من المادة الآتية (تعليقات ابن عابدين على البحر) وهذه المادة موضحة ومفصلة للمادة (١٣٤٥).

المادة (١٣٧٢) ـ (إذا كان رأس مال الشريكين متفاضلاً كأن كان رأس مال أحدهما مائة ألف درهم ورأس مال الآخر مائة وخمسين ألف درهم فإذا شرط تقسيم الربح بينهما بالتساوي فيكون بمعنى أنه شرط زيادة حصة في الربح للشريك صاحب رأس المال القليل بالنسبة إلى رأس ماله ويكون ذلك كشرط ربح زائد لأحد الشريكين حال كون رأس مالهما متساوياً، فلذلك إذا عمل شرط كليهما أو شرط عمل الشريك صاحب الحصة الزائدة في الربح أي صاحب رأس المال القليل صحت الشركة واعتبر الشرط، وإذا شرط العمل على صاحب الحصة القليلة من الربح أي صاحب رأس المال الكثير فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما)

إذا كان رأس مال الشريكين متفاضلاً كأن كان رأس مال أحدهما مائة ألف درهم ورأس مال الآخر مائة وخمسين ألف درهم فإذا شرط تقسيم الربح بينهما بالتساوي فيكون بمعنى أنه شرط زيادة حصة في الربح للشريك صاحب رأس المال القليل بالنسبة إلى رأس ماله ويكون ذلك كشرط ربح زائد لأحد الشريكين حال كون رأس مالهما متساوياً، وذلك لو كان رأس مال أحدهما عشرة دنانير ورأس مال الآخر عشرين ديناراً. وشرطا تقسيم الربح متساوياً وكان الربح ستة دنانير فكان لصاحب العشرة دنانير أن يأخذ دينارين من الربح بالنسبة لرأس ماله إلا أنه أخذ ثلاثة دنانير أي أخذ سدساً زيادة عن ربح رأس ماله، كما أن صاحب العشرين يستحق بنسبة رأس ماله أربعة دنانير من الربح فأخذ ثلاثة دنانير فقط أي أنقص سدساً من ربح رأس ماله.

فلذلك إذا شرط عمل كليهما أو شرط عمل الشريك صاحب الحصة الزائدة في الربح على الوجه المبين في الفقرة الأولى من المادة الآنفة أي صاحب رأس المال القليل صحت الشركة واعتبر الشرط توفيقاً للمادة (٨٣). وقد استحق هذا الشريك بماله ربح رأس ماله، وفي الصورة الأولى استحق الزيادة بمهارته في العمل وفي الصورة الثانية بالعمل ويكون الشريك ذو رأس المال القليل في الصورة الأولى بمعنى الشريك المضارب[1] وإذا قيل إن العمل في المضاربة يكون من المضارب

(١) تفاضلا في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالاً بالعمل فاجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالاً والتبرع ليس من قبيل الشرط (تعليقات ابن عابدين على البحر بتغيير)

ولا يعمل صاحب رأس المال فيجاب على ذلك بأن معنى المضاربة تابع لمعنى الشركة والاعتبار للأصل وليس للتابع، ولذلك فاشتراط العمل على كليهما لا يضر (تعليقات ابن عابدين على البحر)

وإذا شرط العمل على صاحب الحصة القليلة من الربح أي صاحب رأس المال الكثير فهذا الشرط غير جائز ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار رأس مالهما. أنظر المادة (الـ ١٣٦٨) وهذه الفقرة هي في حكم فقرة «وإذا شرط العمل على صاحب الحصة القليلة من الربح الخ» الواردة في المادة الآنفة.

أما إذا لم يشرط العمل حين العقد على الشريك صاحب الحصة القليلة من الربح وعمل الشريك المذكور للشركة تبرعاً فتبقى الشركة صحيحة ويقسم الربح على الوجه المشروط (رد المحتار) أنظر المادة (١٣٤٩).

المادة (١٣٧٣) - (يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع مال الشركة نقداً أو نسيئه بما قل أو كثر)

يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع مال الشركة نقداً أو نسيئة بما قل أو كثر أي بالنقد بثمن قليل أو كثير أو نسيئة بالنقد والعروض. والحكم أيضاً على هذا الوجه في الوكيل بالبيع. أنظر المادة (١٤٩٤). «الطحطاوي».

ومعنى قوله في هذه المادة «بما قل أو كثر» ان للشريك أن يبيع مال الشركة بثمن المثل كما أن له أن يبيع بغبن فاحش أيضاً (رد المحتار) أما الشراء بغبن فاحش فهو غير جائز كما ذكر في المادة الآتية.

قيل «يجوز أن يبيع» إذ قد ذكر في المادة (١٤٩٧) أن ليس للوكيل بالبيع أن يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادته لهم، أما الشريك المفاوض فله أن يبيع ما الشركة لمن لا تجوز شهادته لهم كابنه وأبيه وينفذ هذا البيع على المفاوضة. أنظر هل «المفاوض» قيد لازم في كلام المصنف (الطحطاوي) وانظر ما بين الوكيل والمفاوض

المادة (١٣٧٤) - (يجوز لأي كان من الشريكين حال كون رأس مال الشركة في يده أن يشتري الأموال بالنقد وبالنسيئة. لكن إذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش فيكون المال الذي اشتراه له ولا يكون للشركة)

يجوز لأي كان من الشريكين حال كون رأس مال الشركة في يده أن يشتري بالنقد وبالنسيئة لأن كل ذلك من توابع التجارة (مجمع الأنهر) ويكون المال المشترى للشركة وإذا أدى الشريك ثمن المال المشترى من ماله فله الرجوع على شريكه بحصته لأنه وكيل عن شريكه وقد أدى ثمن المال

المشترى من ماله. أنظر المادة (١٤٩١) أما إذا أدعى الشريك الشراء وأنكر رفيقه فإذا كان المال المشترى هالكاً فعلى مدعي الشراء إثبات الشراء حتى يمكنه الرجوع على شريكه بحصته من الثمن لأن المدعي يدعي وجوب المال في ذمة رفيقه ورفيقه منكر لذلك فالقول مع اليمين للمنكر (الطحطاوي ومجمع الأنهر).

أماإذا أدعى الشريك المشتري الشراء للشركة وأنكر الآخر أصل الشراء وأدعى أن المال المدعي شراؤه هو من أموال الشركة فإذا كان المال المشتري موجوداً في يد الشريك المشتري فالقول للشريك المشتري (رد المحتار).

وكذلك لو أدعى أحد الشريكين بعد شرائه متاعاً أنه اشترى ذلك المتاع للشركة وأنه دفع ثمنه من ماله ليرجع على شريكه في حصته من الثمن وأدعى الآخر بأن الشريك المشتري دفع الثمن من مال الشركة وأنه ليس لشريكه حق الرجوع عليه فالظاهر أن القول للمشتري بيمينه على أنه لم يدفع الثمن من مال الشركة حيث إن الشريك قد صدق على أن الشراء للشركة فقد ثبت الشراء للشركة وبثبوت الشراء للشركة قد ثبت في ذمة الشريك نصف الثمن فادعاء الشريك بعد ذلك أن الثمن دفع من مال الشركة هو إدعاء لإيفاء الدين فلا يقبل بلا بينة (تعليقات ابن عابدين على البحر).

وفائدة قيد «حال كون رأس مال الشركة في يده» تفهم من المادة الآتية.

وقد روي عن الإمام الأعظم أنه إذا وجد في يد أحد الشريكين رأس مال الشركة دنانير واشترى الشريك بدراهم جاز (البحر).

لكن إذا اشتُرِيَ مالٌ بالغبن الفاحش فيكون المال الذي اشتراه له ولايكون للشركة. وقد ذكر في المادة (١٤٨٢) أن الحكم في شراء الوكيل بالشراء هو على هذا الوجه.

وتعبير «الغبن الفاحش» هو للإحتراز من الغبن اليسير لأن الشريك إذا اشترى بغبن يسير يكون المال المشترى للشركة، والفرق هو أنه لا يمكن الاحتراز عن الغبن اليسير أما الغبن الفاحش فمن الممكن اجتنابه. أنظر المادة (١٧).

قد ذكر في المادة الآنفة أنه يجوز بيع مال الشركة بغبن فاحش مع أنه لا يجوز شراء المال للشركة بغبن فاحش كما ذكر في المادة. والفرق هو أنه يوجد تهمة لأن الشريك المشتري قد اشترى المال المشترى لنفسه ثم ظهر له أنه خدع في الشراء فأدعى أنه اشترى المال للشركة أما في بيع مال الشركة فلا توجد هذه التهمة (الولواجية في الوكالة).

ولكن يوجد اختلاف على هذا الوجه بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء إذ أن للوكيل بالبيع البيع بغبن يسير ولكن ليس للوكيل بالشراء بغبن فاحش. أنظر المادتين (١٤٨٢ و١٤٩٤). وإذا لزم معرفة ثمن المثل لشيء ما فيعلم بأخبار أهل الوقوف الخالين عن الغرض (علي أفندي).

ومقدار الغبن الفاحش قد بين في المادة (١٦٥) وتصرفات أحد الشركاء التي تعتبر بأنها

ليست للشركة بل تصرفات للشريك تتلخص على الوجه الآتي:

١ ـ المال الذي اشترِّي بغبن فاحش لا يكون للشركة بل يكون للشريك المشتري حسب هذه الفقرة.

٢ ـ كذلك إذا اشترى أحد الشريكين مالاً حال كونه لا يوجد مال في يده فهو له حسب المادة الآتية.

٣ ـ إذا اشترى أحد الشريكين بماله مالاً من غير جنس المال الذي يتاجران به يكون المال المشترى له.

٤ ـ إذا قال أحد الشريكين لشريكه عن مال من جنس تجارته: إنني سأشتري هذا المال لنفسي، وأجابه الشريك بالموافقة ثم اشترى ذلك المال كان المال للشريك المشتري (البحر). أنظر شرح المادة (١٣٦٧).

المادة (١٣٧٥) ـ (لا يجوز لأحد الشريكين إذا لم يكن في يده رأس مال الشركة أن يشتري مالاً للشركة فإذا اشترى يكون ذلك المال له)

إذا اشترى أحد الشريكين برأس مال الشركة الذي في يده أعياناً وأمتعة للشركة ولم يبق في يده رأس مال فلا يجوز له أن يشتري مالاً للشركة لأنه لو جاز شراؤه للشركة فيكون للشريك المشتري الرجوع على الشريك الآخر بنصف الثمن حسب المادة (١٤٩١) وهذا يوجب مالاً على الشريك زائداً عن رأس مال الشركة ويتضمن استدانة الشريك عناناً مالاً للشركة حال كونه ليس لشريكه رضاء في ذلك وليس له صلاحية فيه ما لم يأذنه الشريك (البحر)

فإذا اشترى يكون ذلك المال المشترى له سواء اشترى نقداً أو نسيئة. هذا في العنان أما في المفاوضة فالشراء عليهما مطلقاً (رد المحتار)

أما إذا رضي الشريك الغير العاقد بالاشتراك في المال المشتري يكون مشتركاً أيضاً لأنه يجوز لأحد الشريكين أن يستقرض مالاً للشركة بإذن الآخر. أنظر المادة (الـ ١٣٨٣).

إلا أنه يوجد نظر في هذه المسألة الواردة في رد المحتار، وذلك لو اشترى فضولي مالاً لآخر وأشهد حين الشراء أنه اشترى المال لذلك الآخر ورضي المشترى له بالشراء بعد ذلك فالعقد يكون للفضولي ولا يكون المشترى لذلك الآخر لأنه لما لم يكن الفضولي وكيلاً بالشراء فيقع الملك له ولا تعتبر الإجازة بعد ذلك لأن الإجازة تلحق الموقوف ولا تلحق النافذ، أما إذا سلم الفضولي المال المشترى لذلك الآخر وأخذ الثمن فيكون قد انعقد بين الفضولي وذلك الآخر بيع التعاطي (الدر المختار ورد المحتار).

ويمكن أن يقال إن مقصود رد المحتار من تلك المسألة أنه إذا قال الشريك المشتري للآخر قد

اشترك في هذا المال وقال الآخر قبلت يكون المال مشتركاً ويكون هذا الاشتراك بعد البيع الواقع بين الشريكين بعد الاشتراء وليس باشتراك الشريك المشتري. أنظر شرح المادة (١٠٤٥).

المادة (١٣٧٦) - (إذا اشترى أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهم يكون ذلك المال له ولا يكون لشريكه حصة فيه، أما إذا اشترى أحدهما مالاً من جنس تجارتهم حال كون رأس مال الشركة في يده فيكون للشركة حتى لو اشتراه بمال نفسه، مثلاً إذا عقد إثنان الشركة على تجارة الأقمشة فاشترى أحدهما بماله حصاناً كان له وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان، أما إذا اشترى قماشاً فيكون للشركة حتى أنه لو أشهد حين شراء القماش بقوله: إنني أشتري هذا القماش لنفسي وليس لشريكي حصة فيه فلا يفيد ذلك ويكون ذلك القماش مشتركاً بينه وبين شريكه)

إذا اشترى أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتها سواء اشتراه من شريكه أو من آخر يكون ذلك المال له ولا يكون لشريكه حصة فيه (البحر) لأن هذا المشترى لم يكن من الخصوصات التي يشتمل عليها عقد الشركة وليس وكيلاً عن الشريك الآخر، وعلى ذلك فقيد «بدراهم نفسه» الوارد في هذه المادة ليس احترازياً، فعليه حتى لو اشترى ذلك بمال الشركة يكون أيضاً له ويضمن حصة شريكه من المال الذي دفعه

مثلاً لو اشترى أحد الشريكين شركة عنان لنفسه أو لأفراد عائلته شيئاً من آخر كالثياب مثلاً فيكون هذا المال للشريك المشتري خاصة

والحكم في المفاوضة أيضاً على هذا الوجه. أنظر شرح المادة (١٣٥٧)

أما إذا اشترى أحدهما مالاً من جنس تجارتها حال كون رأس مال الشركة في يده سواء اشتراه من شريكه أو من آخر فيكون للشركة حتى لو اشتراه بمال نفسه وحتى لو أشهد حين الاشتراء أنه اشتراه لنفسه لأن المشتري وكيل شراء نصف معين في المال المشترى فليس له شراء ذلك الشيء لنفسه وإذا اشترى كان لموكله. أنظر المادة (١٤٨٥). وقد بين قارئ الهداية هذه المسألة بصورة مخالفة لما ورد في المجلة إلا أنها غير مقبولة لعدم استناده على نقل (تعليقات ابن عابدين على البحر)

مثلاً لو عقد إثنان شركة لبيع وشراء الغلال فاشترى أحدهما من شريكه الغلال الموروثة له عن أبيه صح وتكون الغلال المشتراة للشركة (رد المحتار والبحر)

مثلاً إذا عقد إثنان الشركة على تجارة الأقمشة فاشترى أحدهما بماله حصاناً كان له ولو كان في يده رأس مال للشركة وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان، وهذا المثال هو مثال للفقرة الأولى من هذه المادة، أما إذا اشترى قماشاً حال كون رأس مال الشركة في يده فيكون للشركة حتى أنه لو

أشهد حين شراء القماش بقوله: إنني أشتري هذا القماش لنفسي وليس لشريكي حصة فيه فلا يفيد ذلك ويكون ذلك القماش مشتركاً بينه وبين شريكه، أما إذا قال لشريكه إنني سأشتري هذا المال لنفسي فوافقه الشريك على ذلك ثم اشتراه ذلك يكون له (البحر). أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (١٤٨٥). والحكم في المفاوضة على هذا الوجه أيضاً. أنظر المسألة الثانية الواردة في شرح المادة (١٣٥٧)

أما إذا اختلف الشريكان في المال المشترى من أحدهما فأدعى الشريك المشتري أن هذا المال ماله وأنه اشتراه بماله قبل الشركة فالقول مع اليمين للمشتري على عدم شرائه من مال الشركة لأن المشتري عامل حرّ لنفسه (تعليقات ابن عابدين على البحر ورد المحتار)

المادة (١٣٧٧) - (حقوق العقد إنما تعود إلى العاقد، فإذا اشترى أحد الشريكين مالاً فقبضه مع تأدية ثمنه يكون لازماً عليه وحده، ولهذا يطلب ثمن المال الذي اشتراه منه فقط ولا يطالب شريكه به. وكذا قبض ثمن المال الذي باعه أحدهما إنما هو حقه، ولهذا لو أدى المشتري الثمن للآخر يبرأ من حصة الشريك القابض فقط ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد، ولهذا أيضاً لو وكل الشريك العاقد آخر بقبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله، ولكن إذا وكل أحد الشريكين آخر للبيع والشراء والإجارة فللشريك الآخر عزله)

حقوق العقد إنما تعود للشريك العاقد كما في الوكالة الصرفة. أنظر المادة (١٤٦١) ولا تعود حقوق العقد على الشريك الغير العاقد ولا ترجع عليه لأن شركة العنان إنما تتضمن الوكالة ولا تتضمن الكفالة وبما أن الشريك الذي باشر العقد أصيل في الحقوق فتتوجه المطالبة عليه خاصة ولا تتوجه على شريكه (مجمع الأنهر)

حقوق العقد هي: (١) قبض المال المشترى (٢) إداء ثمنه (٣) قبض ثمن المال المباع (٤) توكيل آخر بقبض ذلك الثمن (٥) تأجيل ثمن المال المباع (٦) هبة الثمن المذكور للمشتري (٧) إبراء المشتري من ثمنه (٨) الحط من ثمن المبيع مقابل عيبه (٩) رد المال المبيع بخيار العيب (١٠) الإقرار بالعيب وسيفصل هذا آتياً

فإذا اشترى أحد الشريكين مالاً فقبضه مع تأدية ثمنه يكون لازماً عليه وحده وليس للشريك الغير العاقد حق قبض المال الذي اشتراه الشريك الآخر كما أنه لا يلزم عليه إداء ثمن ذلك المبيع وقد بين هنا حقان من حقوق العقد:

أولهما - حق قبض المال المشترى، وهذا العقد هو عائد للشريك المشتري وليس للشريك الآخر أن يراجع البائع ويطلب منه تسليم المبيع له ما لم يكن وكيلاً بالقبض من قبل الشريك المشتري

ثانيهما - حق إداء ثمن المبيع وهذا الحق لازم على الشريك المشتري فلذلك ليس للبائع مراجعة الشريك الغير المشتري وأن يطلب منه إداء كل الثمن أو نصفه بداعي أنه اشترى من قبل شريكه للشركة، وإذا قبض البائع الثمن من الشريك المشتري فله الرجوع على شريكه بحصته من الثمن إذا أدى الثمن من ماله. أنظر شرح المادة (١٣٧٤)

ولهذا يطلب ثمن المال الذي اشتراه أحد الشريكين منه فقط ويطالب شريكه بنصفه أو بكله لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة. أما إذا ذكر الشريكان الكفالة في شركة العنان كما هو مبين في المادة (١٣٣٥) ففي ذلك الحال يطالب بالثمن كل واحد منهما (رد المحتار)

وكذلك قبض ثمن المال الذي باعه أحد الشريكين من أموال الشركة إنما هو حقه حيث إنه العاقد

فلذلك للمشتري أن يمتنع عن إداء الثمن للشريك الآخر إذ ليس لأحد الشريكين أخذ ثمن ما باعه شريكه ولا المخاصمة فيما باعه أو أدانه «البحر» كالمشتري من الوكيل له أن يمتنع عن دفع الثمن إلى الموكل، ولكن إذا أدى المشتري الثمن برضاه للآخر فإذا لم يكن الشريك الآخر وكيلاً بالقبض من قبل الشريك العاقد فيبرأ المشتري استحساناً من حصة الشريك القابض فقط ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد هذا إذا لم يذكر أثناء العقد جواز ذلك بينهما

أما القياس فأن لا يبرأ المشتري من حصة الشريك القابض أيضاً «البحر وواقعات المفتين»

ولهذا أيضاً لو وكل الشريك العاقد آخر بقبض ثمن المال الذي باعه فهذا التوكيل جائز في حق العاقد وفي حق الشريك الغير العاقد، فليس لشريكع عزله لأن الثمن من حقوق الشريك العاقد «رد المحتار»

ولهذا لو أجل الشريك العاقد ثمن المبيع فيعتبر التأجيل وينفذ في حق جميع الشركاء عند الطرفين، أما إذا أجل الشريك الآخر فلا يعتبر كما أنه لا يجوز تأجيل أحدهما ثمن المبيع الذي باعاه معاً وقد مر تفصيله في شرح المادة (١١١٢)

ولهذا لو وهب الشريك البائع ثمن المبيع للمشتري أو أبرأ المشتري من ثمن المبيع فهو جائز عند الإمام الأعظم والإمام محمد ويضمن حصة شريكه. أما إذا وهب الشريك الغير البائع الثمن للمشتري فتجوز الهبة في حصته فقط

ولهذا أيضاً إذا حطّ الشريك العاقد بعض الثمن أو أجل الثمن مقابل العيب جاز (البحر وتعليقات ابن عابدين)

ولكن إذا وكل أحد الشريكين آخر ببيع وشراء وإجارة شيء من مال الشركة فللشريك الآخر عزله (رد المحتار) إذ أنه لكل واحد منهما أن يباشرها فيحق للآخر عزل الوكيل الذي وكله أحدهما

المادة (١٣٧٨) - (بما أن الرد بالعيب من حقوق العقد أيضاً فيما اشتراه أحد

الشريكين ليس للشريك الآخر رده بالعيب وما باعه أحدهما لا يرد بالعيب على الآخر)

بما أن الرد بالعيب من حقوق العاقد أيضاً فما اشتراه أحد الشريكين شركة عنان إذا أريد رده بالعيب فيقتضي على الشريك المشتري رده وليس للشريك الآخر رده بالعيب وما باعه أحدهما يجب أن يرد بخيار العيب له ولا يرد على الشريك الآخر

مثلاً: إذا رد المال الذي باعه أحد الشريكين بخيار العيب وأقر بالعيب وقبل الرد جاز ولو قبل الرد بدون حكم القاضي، وكذلك لو أقر الشريكين بعيب قديم في المال الذي باعه جاز ويعتبر هذا الإقرار في حق الشريك الآخر

أما في المفاوضة فالحكم خلاف ذلك. أنظر شرح المادة (الـ ١٣٥٦)

المادة (١٣٧٩) - (لكل واحد من الشريكين إيداع أو إبضاع مال الشركة وإعطاؤه مضاربة وله أن يعقد إيجاراً أي أن له مثلاً أن يستأجر حانوتاً أو أجيراً لحفظ مال الشركة لكن ليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا أن يعقد شركة مع آخر بدون إذن شريكه فإذا فعل وضاع مال الشركة يكون ضامناً حصة شريكه)

لكل واحد من الشريكين سواء كان شريك مفاوضة أو عنان أن يودع ويضع ويعير مال الشركة ويوكل آخر في أمور الشركة وأن يسافر بمال الشركة وللشريك العاقد أيضاً تأجيل الدين وأن يبيع ويشتري نقداً ونسيئة وأن يحط الثمن من أجل العيب وللشريك المفاوض الإقرار بالرهن والارتهان، وتوضح هذه على الوجه الآتي:

وإن يكن أن المقصود من الشركاء هنا الشركاء عناناً بناء على البحث الذي ورد قبيل المادة (الـ ١٣٦٥) إلا أنه لما كان بعض أحكام هذه المادة جائزاً في شركة المفاوضة فتعميماً للفائدة قد جعلت المسألة شاملة للشركتين

١ - الإيداع، لأحد الشريكين إيداع مال الشركة لآخر لأن الإيداع هو استحفاظ بغير أجر (البحر) فلو أودعه وتلف بلا تعد ولا تقصير في يد المستودع فلا يلزم الشريك المودع شيء أنظر المادة (٩١) وهذا الخصوص غير مقيس على المادة (٧٩٠) وسبب الفرق هو أن هذا الإيداع متعارف ومعتاد بين التجار. أنظر المادة (٩٦)

٢ - الإبضاع لو سلم أحد الشريكين مال الشركة لآخر على أن يكون جميع الربح للشركة جاز لأن الإبضاع معتاد بين التجار ومعتاد في عقد الشركة (مجمع الأنهر)

٣ - الإعارة، والإعارة غير جائزة قياساً إلا أنها جوزت استحساناً وذلك أن لأحد الشريكين أن يعير أثواب الشركة ودارها وحيواناتها لآخر فإذا أعارها على هذا الوجه وتلفت في يد المستعير فلا

يلزم الشريك المعير ضمان. أنظر المادة (٩٦). (الطحطاوي بإيضاح). وهذا الخصوص غير مقيس على الفقرة الثانية من المادة (٧٩٢). (رد المحتار والبحر) وسبب الفرق العادة. أنظر المادة (٩٦).

٤ ـ التوكيل، لو وكل أحد الشريكين آخر بالبيع والشراء للشركة جاز ولا يقاس هذا الخصوص على المادة (١٠٦٩) لأن الشركة تنعقد على عادة التجار لأن من عادة الشركاء أن يوكل أحدهم آخر للتصرف في أموال الشركة، كما أن المقصد من التجارة هو الحصول على الربح فيحصل مانع من مباشرة أحد الشركاء أمور التجارة بنفسه فتمس الحاجة للتوكيل وفي هذه الصورة يثبت التوكيل دلالة ضمن التجارة ويكون كأن كل واحد منهم قد أذن وأمر صاحبه بالتوكيل (الطحطاوي) ولكن ليس للوكيل بالشراء أن يوكل غيره حيث أنه عقد خاص فليس له استتباع مثله (رد المحتار)

٥ ـ السفر بمال الشركة، لأحد الشريكين السفر بمال الشركة بغير إذن الآخر، أي أنه إذا أراد السفر فله أخذ مال الشركة في صحبته سواء كان هذا المال محتاجاً للحمل والمؤونة أو لا يحتاج والتجارة يعدون المؤونة ومصارف النقل ملحقة برأس المال ولا يعدونها من باب الغرامة ووجهه أن الإذن بالتصرف ثبت بمقتضى الشركة لأنها صدرت مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه إلا بدليل (الطحطاوي) أنظر المادة (٦٤). أما على قول آخر فليس له السفر به. أنظر شرح المادة (١٣٣٢)

٦ ـ تأجيل الدين، إذا أجل الشريكين الدين المطلوب لهما من آخر ففي ذلك أوجه ثلاثة:

الوجه الأول ـ أن يصدر التأجيل من الشريك العاقد أي أنه إذا باع أحد الشريكين مال الشركة لآخر نقداً ثم أجل ثمن المبيع فهذا التأجيل صحيح عند الطرفين في حق الشريك العاقد في حصته وفي حصة الشريك الآخر أيضاً ولا يضمن الشريك المؤجل حصة الشريك الآخر. أما عند أبي يوسف فتأجيل الشريك العاقد صحيح في حصته فقط وغير صحيح في نصيب شريكه[1]

الوجه الثاني ـ أن يصدر التأجيل من غير العاقد

الوجه الثالث ـ أن يعقد الشريكان البيع معاً فيؤجل أحدهما. والتأجيل على هذين الوجهين غير جائز عند الإمام الأعظم وقد اختير هذا القول بالمادة (١١١٢) أما عند الإمامين فالتأجيل جائز في حصة المؤجل

٧ ـ البيع بالنقد والنسيئة، لكل شريك من الشريكين بيع مال الشركة نقداً أو نسيئة (البحر). أنظر المادة (١٣٧٣)

(١) وأصل الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف إلا أن هناك يضمن من ماله لموكله عندهما وهنا لا يضمن لأن العاقد هنا لو أقال العقد ثم باعه بنفسه جاز فلما ملك إنشاء البيع بثمن إلى أجل فلأن يملك التأجيل فيه أولى

٨ ـ الاشتراء، لكل واحد من الشريكين إذا كان في يده رأس مال للشركة أن يشتري مالاً نقداً أو نسيئة. أنظر المادة (١٣٧٤)

٩ ـ حط الثمن من أجل العيب، للشريك العاقد أن يحط من ثمن المبيع من أجل العيب أو يؤجل (البحر). أنظر شرح المادة (١٣٧٧)

١٠ ـ الرهن، لأحد المفاوضين رهن مال المفاوضة من أجل دين الشركة (البحر) لأن الرهن إداء للدين حكماً وقضاء ولكل واحد من الشركاء المفاوضين إداء وقضاء دين المفاوض

١١ ـ الارتهان، لأحد المفاوضين أن يرتهن من أجل دين التجارة سواء كان الشريك الذي باشر البيع أو كان الشريك الآخر

١٢ ـ الإقرار بالرهن والإرتهان، لكل مفاوض أن يقر بالرهن والارتهان. أما إذا وقع هذا الإقرار بعد وفاة الشريك أو بعد فسخ الشركة فلا يسري على شريكه (الطحطاوي)

١٣ ـ المضاربة، لأحد الشريكين أن يعطي مال الشركة مضاربة لأن المضاربة هي ما دون شركة العنان وتضمنتها شركة العنان لأن المقصود ليس الشركة مجرداً بل تحصيل الربح (مجمع الأنهر) وبإعطاء المال مضاربة يحصل الربح، وإنما جاز للشريك أن يضارب ولم يجز له أن يشارك لأن المضاربة دون الشركة لكون الوضيعة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب لتضمن الشركة المضاربة ولا تتضمن الشركة لأن الشيء لا يستتبع مثله (مجمع الأنهر)

أما أخذ المال مضاربة وهو أنه لو أخذ الشريكين من أجنبي مالاً مضاربة فإذا هذا المال للتجارة في أموال من غير جنس تجارتها يكون الربح خاصاً به وليس للشريك الآخر المشاركة في ربح المضاربة لأنه لم يدخل تحت عقد الشركة

أما إذا أخذ المال مضاربة من أجنبي للمتاجرة في أموال من جنس تجارتهم وكان شريكه حاضراً حين الأخذ يكون الربح له خاصة، أما إذا أخذ المال مضاربة للمتاجرة في جنس تجارتهم أو مطلقاً وكان شريكه غائباً أثناء أخذه المال فيكون الربح مشتركاً وذلك بأن يكون نصف الربح لرب المال والنصف الآخر للمضارب وشريكه (البحر)

١٤ ـ الإجارة، لأحد الشريكين عقد الإجارة فله أن يستأجر حانوتاً أو أجيراً لحفظ مال الشركة مثلاً لأن الاستئجار معتاد بين التجار (البحر). أنظر المادة (الـ ٤٤)

وقيد «للحفظ» الوارد في هذه المادة الفقرة هو مذكور على وجه المثال أيضاً استئجار أجير يبيع ويشتري للشركة (الدر المختار)

١٥ ـ إهداء المال، للشريكين إهداء مأكولات من مال الشركة استحساناً كالفاكهة والخبز واللحم وما أشبه ذلك، ولا يلزم الآكل كل ضمان. أما إذا ألبس أحد ثياب مال الشركة أو وهبها له فلا تصح في حصة شريكه (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه). أنظر المادة (٨٥٧)

واقتدار أحد الشريكين على هذه التصرفات المذكورة آنفا هو في حالة عدم وقوع النهي عنها أما إذا نهى أحد الشريكين شريكه عن إجراء هذه الخصوصات التي يقتدر الشريك على إجرائها فليس له إجراؤها بعد ذلك

مثلاً لو نهى أحد الشريكين شريكه الآخر عن السفر بمال الشركة إلى ديار أخرى فذهب الشريك بها تعد النهي وتلف مال الشركة فيضمن حصة شريكه. أنظر المادة (١٣٨٣) لأنه يكون قد نقل حصة شريكه بلا إذن. أنظر المادة (٩٠١). (الطحطاوي)

كذلك لو قال أحدهما لآخر: إذهب أنت حتى دمشق الشام ولا تتجاوزها فإذا تجاوز دمشق وذهب إلى بغداد وتلف مال الشركة يضمن حصة شريكه (البحر)

ولكن ليس للشريك عناناً أن يجري التصرفات الآتية بدون إذن شريكه وهي:

١ ـ ليس له أن يخلط مال الشركة بمال نفسه وأن يعقد الشركة عناناً أو مفاوضة مع آخر، فإذا فعل وضاع مال الشركة يضمن حصة شريكه لأن الشيء لا يستتبع مثله (مجمع الأنهر)

ويفهم من قوله «بدون إذن شريكه» ان له أن يعقد عقد شركة عنان مع آخر بإذن شريكه وتفصل أحكام ذلك سيأتي في شرح المادة (١٣٨٢)، وحكم هذه الفقرة كما يدل عليه عنوان البحث خاص بالشركاء شركة عنان. أما الشركاء شركة مفاوضة فلكل واحد منهم أن يعقد شركة عنان مع أجنبي بلا إذن الآخر، ويجوز عقد هذه الشركة على المفاوض الآخر لأن شركة العنان أخص وأدون من شركة المفاوضة (البحر)

والشيء يستتبع ما دونه، فإذا عقد أحد المفاوضين شركة عنان على هذا الوجه كانت حصة الربح العائدة إليه من تلك الشركة مشتركة بينه وبين شريكه المفاوض

وكذلك لأحد المفاوضين أن يعقد شركة مفاوضة مع آخر بإذن شريكه، أما إذا عقد شركة مفاوضة مع آخر بدون إذن شريكه فيكون عقد الشركة الثاني شركة عنان (رد المحتار والطحطاوي)

٢ ـ ليس للشريك الغير العاقد رهن مال الشركة، فعليه إذا لم يباشر أحد الشريكين السبب الموجب للدين أي لم يكن عاقداً ورهن مال الشركة من أجل دين الشركة فهو غير جائز، فإذا تلف يضمن الراهن الرهن (البحر)

٣ ـ ليس للشريك الغير العاقد الارتهان لدين الشركة فإذا ارتهن أحد الشريكين من أجل دين الشريك وتلف الرهن في يده بعد القبض فإذا كانت قيمة الرهن مساوية لقيمة الدين كان الشريك المرتهن مخيراً إن شاء ضمن حصته من الدين للمرتهن حيث إن هلاك الرهن في يده هو بمنزلة استيفاء الدين وإن شاء راجع المدين وطلب حصته من الدين منه وفي هذه الصورة للمدين الرجوع على المرتهن بنصف قيمة الرهن «البحر ورد المحتار» أنظر المادة (١١٠٨) وشرحها والمادة (١٣٨٢) أيضاً

٤ ـ ليس له قضاء الدين، يعني ليس لأحد الشريكين أن يؤدي دين شريكه (البحر عن المحيط)

٥ ـ ليس له إقراض المال كما سيبين في المادة الآتية

٦ ـ ليس له إهداء المال، يعني ليس لأحد الشريكين مفاوضة أو عناناً أن يهدي مال الشركة أو يهبه لآخر ما عدا المأكولات (البحر) وقد بين في المادة (الـ ١٣٨٢)

المادة (١٣٨٠) ـ (ليس لأحد الشريكين أن يقرض مال الشركة لآخر ما لم يأذنه شريكه، لكن له أن يستقرض لأجل الشركة ومهما استقرض أحدهما من النقود يكون دين شريكه أيضاً بالاشتراك)

ليس لأحد الشريكين أن يقرض مال الشركة لآخر، ما لم يأذنه شريكه صراحة سواء كانت الشركة مفاوضة أو عناناً لأن القرض ابتداء تبرع ولا يملك أحد الشريكين التبرع (البحر بتغيير) فلذلك إذا أقرض الشريك بلا إذن يضمن النصف ولا تفسد المضاربة[1]

والمقصود من الإذن الإذن صراحة فلذلك لو قيل في عقد الشركة: إعمل برأيك كما هو مذكور في المادة (١٣٨٢) فليس للشريك أيضاً الإقراض ولكن يجوز لع الإقراض بإذن صريح أنظر المادة (١٣٨٢)

ولكن له أن يستقرض لأجل الشركة ولو لم يكن إذن صريح من الشريك بالاستقراض، لأنه لما كان المستقرض يملك القرض بالإستقراض ويصبح بعد مكلفاً بإداء مثله للمقرض أصبح الاستقراض معنى تجارة ومبادلة «رد المحتار»، ولأنه تمليك مال بمال فكان بمنزلة الصرف «البحر»

ومهما استقرض أحد الشريكين من النقود يكون دين شريكه أيضاً بالاشتراك، ولكن تجب التأدية على الشريك المستقرض وليس للمقرض مطالبة الشريك الغير المستقرض بالقرض.

وعدم حق المقرض في مطالبة الشريك الغير المستقرض لا ينافي أن يكون المبلغ المستقرض ديناً على الشريكين لأن كون القرض ديناً على الإثنين لا يوجب أن يكون للمقرض حق الرجوع على الشريك الغير المستقرض، ونظير هلك هو لو اشترى أحد الشريكين مالاً فالذي يطالب بالثمن هو الشريك المشتري فقط وليس الآخر مع أن الثمن المذكور هو دين على الإثنين (تعليقات ابن عابدين على البحر)

وقد مرت تفصيلات بذلك في كتاب الكفالة أي في شرح المادة (٦١٢)

---

(١) قالوا وينبغي أن يكون له الاقراض بما لا خطر للناس فيه (الطحطاوي). أقول اذا ضمن المقرض بضعف ما أقرضه بما يصح أن يكون رأس مال الشركة ينبغي أن تنقلب المفاوضة عنانا، أما اذا ضمن بما لا يصح أن يكون رأس مال الشركة لا ينقلب. أنظر شرح المادة (١٣٥٧).

حتى أنه لو أذن أحد الشريكين شريكه بالاستقراض صراحة فاستقرض فليس للمقرض إلا الرجوع على المستقرض ومطالبته بالقرض لأن التوكيل بالإستقراض غير صحيح ما لم يقل الوكيل للمقرض «إن فلاناً يطلب منك كذا درهماً قرضاً» فيضيف الإستقراض لموكله ففي هذا الحال يلزم القرض الموكل ولا يلزم الوكيل (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه)

ويتفرع على حق كل شريك من الشركاء بالاستقراض المسألة الآتية وهي:

لو اشتغل أحد الشريكين في التجارة في بلدة واشتغل الشريك الآخر في بلدة أخرى ثم عند تقسيمها الأموال قال أحد الشريكين الذي في يده مال أن أربعين ديناراً من المائة الدينار التي في يدي استقرضتها من فلان ولذلك فإنني أفرز الأربعين ديناراً منها لأؤديها له. فإذا كان في يده مال فإقراره صحيح وله أن يفرز المبلغ المذكور لكي يؤديه للمقرض لأن الشريك أمين حسب المادة (١٣٥٠) وهو يدعي أن الأربعين ديناراً خي حق للغير كما أنه لو أدعى أحد الشريكين أن أربعين ديناراً من المائة دينار التي في يده هي له فيقبل بخلاف ما إذا لم يكن المال في يده لأنه يدعى ديناً عليه فلا يقبل (تعليقات ابن عابدين على البحر)

وإذا قال الذي في يده المال كنت استدنت من فلان كذا للشركة ودفعت له دينه فالقول قوله بيمينه (رد المحتار)

اختلاف الفقهاء في الاستقراض:

وفي استقراض الشركاء شركة عنان للشركة قولان:

القول الأول: هو القول الذي ذكره صاحب المحيط، فالاستقراض جائز حسب هذا القول لأنه تجارة ومبادلة معنى

القول الثاني: عدم جواز الاستقراض حتى لو أذن الشركاء بعضهم لبعض بالاستقراض صراحة لأن التوكيل بالاستقراض باطل لأنه توكيل بالتكدي، وبيانه أن الاستقراض تبرع ابتداءً فكان في معنى التكدي أي الشحاذة

فعليه إذا استقرض أحد الشريكين مالاً للشركة وتلف المقرض في يده فعلى القول الأول يكون خسارة على الشريكين وعلى الثاني يكون خسارة على المستقرض خاصة، ومع أنه قد رجح القول الأول بالقول عنه «هو صحيح» إلا أنه يفهم من هذه المادة أن المجلة قد اختارت القول الأول (رد المحتار)

ومع أن للشريكين حق الاستقراض إلا أنه إذا كان المبلغ المستقرض غير موجود عيناً في يد المستقرض وكان مستهلكاً فإقرار الشريك المستقرض بقوله «قد استقرضت وهو ديني» لا يسري على الشريك الآخر كما يفهم من المادة (١٣٨٤) ويجب في هذه الصورة أن يثبت المقرض إقراضه أو يصدق الشريك الآخر ويقر بالإقراض حتى يصح القرض ديناً حسب هذه الفقرة من المجلة

المادة (١٣٨١) - (إذا ذهب أحد الشريكين إلى ديار أخرى لأجل أمور الشركة يأخذ مصرفه من مال الشركة)

ومصرفه هو كالمأكولات وأجور السفر فإذا ربح يأخذ مصرفه أي نفقته من الربح وإذا لم يربح يأخذها من رأس المال

ويفهم من قوله «ديار أخرى» أنه إذا تاجر أحد الشريكين في البلدة التي قيم فيها بأهله وعماله فلا يأخذ مصرفه من مال الشركة

وكذلك لو ذهب أحد الشريكين من أجل أمور الشركة إلى موضع يمكنه العودة والبيتوتة مع أهله فلا يأخذ مصرفه من مال الشركة (الهندية ورد المحتار)

ويفهم من هذه الإيضاحات أن المقصود من «ديار أخرى» هو الذي إذا ذهب إليه لا يمكنه العودة في نفس اليوم والبيتوتة مع أهله مساء سواء كانت مسافة السفر بعيدة أو غير بعيدة

المادة (١٣٨٢) - (إذا فوض كل واحد من الشريكين أمور الشركة لرأي الآخر بقوله له «إعمل برأيك» أو «اعمل ما شئت» فله أن يعمل الأشياء التي هي من توابع التجارة، فيجوز له رهن مال الشركة والارتهان لأجل الشركة والسفر بمال الشركة وخلط مال الشركة بمال نفسه وعقد الشركة مع آخر، لكن لا يجوز له إتلاف المال ولا التملك بلا عوض بدون إذن صريح من شريكه، مثلاً ليس له أن يقرض من مال الشركة لآخر ولا أن يهب منه بدون إذن صريح من شريكه)

إذا فوض كل واحد من الشريكين عناناً أمور الشركة لرأي الآخر بقوله له «اعمل برأيك» أو «اعمل ما شئت» فله أن يعمل الأشياء التي هي من توابع التجارة فيجوز لكل واحد من الشريكين عناناً، أولاً: أن يرهن ما الشركة مقابل دين الشركة، ثانياً: الارتهان لأجل مطلوب الشركة، ثالثاً: السفر بمال الشركة، رابعاً: خلط مال الشركة بأموال نفسه وعقد شركة عنان مع آخر (الدر المختار)

أما شريكا المفاوضة فلهما الرهن والارتهان والإقرار والارتهان ولو لم يفوضا ويؤذنا إذناً صريحاً على هذا الوجه كما بين في شرح المادة (١٢٧٩)

ولنوضح الآن هذه التصرفات الأربعة:

١ - الرهن، يعني الشريكين أن يرهن عيناً من أعيان الشركة مقابل دين الشركة لآخر بإذن الشريك الآخر صراحة أو دلالة كما أن للشريك الذي يتولى عقد البيع أن يرهن مال الشركة بلا

إذن الآخر مقابل الثمن، وله أيضاً الإقرار بالرهن والإرتهان، أما إذا كان الشريك غير مأذون صراحة أو تفويضاً بإجراء ذلك كما أنه لم يتول عقد البيع فليس له رهن مال الشركة فإذا رهن فالحكم في ذلك قد بين في شرح المادة (١٣٧٩)

٢ ـ الإرتهان، لأحد الشريكين بإذن الآخر صراحة أو تفويضاً أن يرتهن مقابل مطلوب الشركة، كما أنه للشريك الذي تولى عقد البيع الارتهان بلا إذن ولا تفويض، وله أيضاً الإقرار بالارتهان، أما إذا لم يكن الشريك عاقداً بل كان العاقد الشريك الآخر أو تولى الشريكان العقد معاً فلا يصح إقراره في حصة شريكه، ولكن هل يصح اقراره في حصته؟ ففي ذلك اختلاف كما أنه إذا أقر انفساخ الشركة وكذبه الآخر فلا يصح (رد المحتار)

وإذا كان الشريك غير عاقد وكان غير مأذون صراحة أو تفويضاً وارتهن فالحكم في ذلك قد بين في شرح المادة (١٣٨٩)

٣ ـ السفر بمال الشركة، يعني أن لأحد الشريكين أن يسافر بمال الشركة بإذن صريح أو تفويض من شريكه سواء مال الشركة محتاجاً للحمل والمؤونة أو لم يكن. أما إذا لم يكن اذن صريح أو تفويض من الشريك فللشريك الآخر السفر بمال الشركة على القول الصحيح وقد بين ذلك في شرح المادة (١٣٧٩)

وعلى قولٍ آخر ليس للشريك السفر بمال الشركة أذا كان محتاجاً للحمل والمؤونة وأنه إذا سافر به وتلف يضمن، أما إذا كان غير محتاج للحمل والمؤونة فله السفر به «رد المحتار»

لا يوجد في هذه المادة شيء صريح يدل على ترجيح أحد هذين القولين، ولكن يفهم من ظاهر المجلة أنه اختير القول الثاني، وقد اختلف في تفسير ما لا حمل له فقيل ما لا يحمل بلا أجر وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة «الطحطاوي»

٤ ـ للشريك أن يعقد شركة مع آخر يعني لأحد الشريكين عناناً أن يعقد شركة عنان مع آخر باذن شريكه صراحة أو تفويضاً، ولكن ليس له عقد ذلك بلا إذن وتفويض من شريكه كما ذكر في المادة (١٣٧٩)

فعلى ذلك لو عقد أحد الشريكين عنان مع آخر باذن صريح أو تفويض من شريكه فيكون نصف ما يشتريه الشريك الجديد لنفسه والنصف الآخر مشتركاً بين الشريكين السابقين. أما المال الذي يشتريه الشريك الذي لم يعقد الشركة مع الآخر فنصفه له ونصفه الآخر لشريكه وليس للشريك الثالث حصة فيه

كما أنه لأحد الشريكين شركة مفاوضة أن يعقد مع آخر شركة عنان ولو لم يكن اذن من شريكه صراحة أو تفويضاً «الدر المختار ورد المحتار». أنظر شرح المادة (١٣٧٩)

ولكن ليس لأحد الشريكين عناناً أو مفاوضة اتلاف المال العائد للشركة وليس له تمليكه بلا

عوض كهبته والتصدق به أو إنفاقه على الأمور الخيرية أو بناءِ مسجد به بدون إذن صريح من شريكه وليس له عمل ذلك بمجرد قول شريكه له «اعمل برأيك» لأن الشركة انما وضعت للربح والفائدة وهذه الأشياء التي ليس منها فائدة وتوجب الضرر المحض في الدنيا لا تدخل تحت عقد الشركة (رد المحتار بزيادة)

ولكن للشريك **عمل** ذلك باذن صريح من شريكه الآخر وذلك لو قال الشريك شركة عنان لشريكه الآخر «أتلف هذا المال من أموال شركتنا» وأتلفه الشريك ثم ندم الآمر فليس له أن يضمن حصته لشريكه. أنظر شرح المادة (٩٥)

مثلاً ليس له بدون اذن صريح من شريكه له «اعمل برأيك» أن يقرض من مال الشركة لآخر ولا أن يهدي من أموالها شيئاً لآخر غير معتاد هديته كالثياب، ولكن له أن يهدي الأشياء المعتاد اهداؤها كالخبز واللحم مثلاً سواء كانت الشركة مفاوضة أو عناناً (تعليقات ابن عابدين على البحر) فإذا وهب لا ينفذ في حق شريكه. أنظر مادة (٨٥٧) أما في حق الواهب فتصبح الهبة إذا وجدت جامعة لشرائط الهبة كالتسليم وقسمتها في القابلة للقسمة. وكذلك إذا باع أحد الشريكين مالاً لآخر ووهب الشريك الغير العاقد ثمن المبيع للمشتري أو أبرأ المشتري من ثمن المبيع فيصح الإبراء والهبة في حصته فقط

مستثنى ـ وتستثنى من مسألة عدم جواز الهبة:

المسألة الأولى: إذا باع أحد الشريكين مفاوضة أو عناناً متاعاً من أموال الشركة ببدل معلوم ثم وهب ثمن المبيع للمشتري أو أبرأ المشتري من ثمن المبيع فالهبة والإبراء صحيحان ويسقط ثمن المبيع عن المشتري ولكن يضمن الشريك المبرئ حصة شريكه الآخر. أنظر شرح المادة (١٣٧٧) **كوكيل البيع إذا فعل ذلك**

المسألة الثانية ـ هبة الشيء اليسير كالخبز واللحم مثلاً

المادة (١٣٨٣) ـ (إذا نهى أحد الشريكين الآخر بقوله «لا تذهب بمال الشركة إلى ديار أخرى أو لا تبع المال نسيئة» فلم يسمع وذهب إلى ديار أخرى أو باع المال نسيئة يضمن حصة شريكه من الخسار الواقع)

إذا نهى أحد الشريكين الآخر عن اجراء الخصوصات المأذون باجرائها الشريك فالنهي معتبر سواء كان ثبوت الاذن في ذلك بمجرد وقوع عقد الشركة أو باذن صريح

فلذلك إذا نهى الشريكان في شركة العنان بعضهما البعض حين عقد الشركة عن البيع نقداً أو نسيئة صح (البحر)

فلذلك إذا نهى أحد الشريكين الآخر بقوله له: (لا تذهب بمال الشركة إلى ديار أخرى أو لا

تبع المال نسيئة) فلم يسمع وذهب إلى ديار أخرى وتصرف هناك بمال الشركة أي باع واشترى أو باع المال نسيئة يضمن حصة شريكه من الخسار الواقع (البحر والطحطاوي)

ايضاح المخالفة بسفر الشريك إلى بلدة أخرى:

إذا قال الشريك لشريكه «لا تذهب إلى ديار أخرى» فذهب الشريك تفسد الشركة وتنقلب إلى الغصب فإذا ربح الشريك فاللائق أن لا يلزم تقسيم الربح على الوجه المشروط بينهما (البحر والطحطاوي) بل يكون الربح للغاصب كما يكون جميع الخسار عليه، ويضمن حصة شريكه أما إذا عاد الوفاق بعد المخالفة فهل تعود الشركة؟ (الطحطاوي)

قد ذكر في شرح المادة (٨١٤) أنه إذا عاد شريك العنان أو شريك المفاوضة إلى الوفاق بعد المخالفة يصبح المال أمانة

ولكن لا يحصل التقييد بالتنصيص بالمكان، ويشترط في إفادة التقييد وجود نهي أو شرط، فعليه لو قال الشريك لشريكه «اذهب إلى دمشق وبع واشتر ولا تتجاوزها» فيحصل التقييد كما أنه لو قال «إنني أعطيتك هذا المال مضاربة على أن تعمل فيه في بغداد» يحصل التقييد. أما لو قال «قد أعطيتك هذا المال بطريق المضاربة فخذه واعمل به في دمشق» لا يحصل التقييد (رد المحتار) وأما إذا قال «واعمل به في الكوفة» بالواو لا يكون تقييداً فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه)

إذا ذهب المضارب في شركة المضاربة إلى ديار أخرى بعد النهي وتصرف كان غاصباً، ولكن إذا أخرج رأس المال الى بلدة أخرى فلا يكون غاصباً

فعليه لو ذهب المضارب بمال الشركة بعد النهي إلى ديار أخرى وضاع المال من يده قبل التصرف فلا يلزم ضمان، كما أنه لو أعاد رأس المال قبل التصرف به إلى البلدة المشروطة فتعود شركة المضاربة كما كانت أما إذا تصرف بالمال في بلدة أخرى قبل العودة فيكون مخالفاً وضامناً ويعود الربح والخسار عليه ولكن لا يطيب الربح له حيث تصرف بغير اذن صاحب المال. أما عند الإمام أبي يوسف فالربح طيب له وإذا اشترى ببعض رأس المال في الديار الأخرى مالاً وعاد بالبعض عيناً فلا يلزمه ضمان على المال الذي أعاده ويلزمه ضمان المقدار الذي اشترى به (ابن عابدين عن البحر)

وهل تجزي هذه التفصيلات في شركتي المفاوضة والعنان أيضاً؟ والظاهر أن الشركة كذلك لكن هذا بعد التصرف في المال لا بمجرد الإخراج، فلو عاد قبل التصرف تبقى الشركة كما علمت (رد المحتار)

إيضاح المخالفة ببيع المال نسيئة:

إذا قال الشريك لشريكه «لا تبع المال نسيئة» فباعه نسيئة فينفذ البيع في حصته ويكون موقوفاً في حصة شريكه، وفي هذه الصورة إذا أجاز شريكه البيع في حالة وجود شرائط الإجازة جاز

ويقتضي تقسيم الربح بينهما على الوجه المشروط (البحر) وإذا لم يجز ينفسخ البيع في حصته ويبقى ملكه في حصته. أنظر المادة (١٤٤٩)

المادة (١٣٨٤) - (لا يسري اقرار الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتها على الآخر، فعليه إذا أقر بأن ذلك الدين إنما لزم بعقده ومعاملته فقط فيلزمه إيفاؤه بتمامه، وإن أقر بأنه دين لزم من معاملتهما معاً فيلزمه إداء نصفه، وإن أقر بأنه دين لزم من معاملة شريكه فقط فلا يلزم شيء)

لا يسري اقرار أحد الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتها على الآخر. أنظر المادة (٧٨) فعليه إذا أقر بأن ذلك الدين إنما بعقده ومعاملته فقط كأن يقر بأن المبلغ المذكور دين عليه ثمناً للمال الذي اشتراه للشركة فيلزمه ايفاء ذلك الدين بتمامه لأن المرء يلزم باقراره حسب المادة (٧٤) وإن أقر بأنه دين لزم من معاملتهما معاً فيلزمه اداء نصفه أي مقدار حصته. أنظر المادة (٧٩). ولكن لا يسري هذا الإقرار على الآخر. أنظر المادة (٧٨) وإن أقر بأنه دين لزم من معاملة شريكه فقط فلا يلزم شيء أي لا يلزم المقر أو شريكه

لا يلزم شيء، لأنه لم يقر بشيء على نفسه ولا يلزم شريكه لأن اقرار شريكه عليه باطل لأنه اقرار على الغير

وتعبير «دين» الوارد في هذه المادة ليس احترازياً إذا الحكم في العين على هذا الوجه أيضاً وذلك إذا أقر أحد الشريكين شركة عنان بأن متاعاً من أموال الشركة الموجود في يده هو ملك لفلان فلا يسري اقراره على شريكه بل ينفذ اقراره في حصته فقط. أنظر المادة (١٧٨٥). (رد المحتار)

ولكن قد ذكر في المادة (١٣٨٠) أن ما يستقرضه أحد الشريكين يكون ديناً على شريكه بالاشتراك أيضاً، وقد ذكر في شرح المادتين (١٣٧٤ و١٣٧٧). (إذا اشترى أحد الشريكين مالاً نسيئة ثم أدى الثمن من ماله فله الرجوع على شريكه بحصته) فيفهم من هذه المسائل أن الشريك الآخر مسؤول أيضاً عن دين الشركة، ومع ذلك فلا توجد منافاة بين هذه المسألة وبين المسائل المذكورة لأنه إذا ثبت الاستقراض والدين بإقرار أحد الشريكين فقط فيكون المقر فقط هو المسؤول ولا يكون الشريك الآخر مسؤولاً: أما إذا ثبت الدين والاستقراض بالبينة أو بتصديق الشريك الآخر فيكون دين الشريك مشتركاً بينهما. أما أداء الدين - وبتعبير آخر حق الدائن بالمطالبة - إنما يكون منحصراً في حق العاقد حسب المادة (١٣٧٧) فإذا اشترى أحد الشريكين عناناً مالاً للشركة بأربعين ديناراً فيكون الشريك العاقد مديناً أصالة بعشرين ديناراً منها وتكون العشرون ديناراً الأخرى ديناً على الشريك الغير العاقد باعتبار أنها اشتريت له بالوكالة ولكن للبائع أن يطلب جميع الثمن من الشريك العاقد فقط فإذا أدى العاقد الثمن من ماله فيرجع بالعشرين ديناراً على شريكه. أنظر المادة (١٤٩١)

وقوله «شركة عنان» للاحتراز من شركة المفاوضة لأن حكم ذلك في شركة المفاوضة قد مرّ في المادة (١٣٥٦). (رد المحتار)

المبحث الثاني

(بيان المسائل المتعلقة بشركة الأعمال)

«وتسمى شركة الصنائع وشركة الأعمال وشركة الابدان»

تكون شركة الأعمال في المفاوضة وفي العنان، إلا أن المتعارف شركة العنان، فلذلك إذا أطلقت شركة الأعمال تصرف إلى شركة العنان (مجمع الأنهر والطحطاوي). أنظر المادة (١٣٣٢) ويدّل العنوان قبيل المادة (١١٦٥) على أنه يبحث في هذا المبحث عن شركة العنان

المادة (١٣٨٥) ـ (شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال فالأجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل، أي سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساوياً أو شرطا ثلث العمل لأحدهما والثلثين للآخر)

شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل محل الأعمال وعملها، ولا يشترط في هذه الشركة بيان مدة كما أنه لا يشترط اتحاد المكان والصنعة أيضاً، لأن المقصود منها هو تحصيل الربح وهذا لا يتفاوت من جهة النقصان بإجراء العمل في حانوت أو حانوتين كما أن العمل لا يتفاوت لكونه من أجناس مختلفة أو من جنس واحد، فلذلك لا وجه لاشتراط الشرط مع عدم وجود الدليل الموجب (الطحطاوي). وقد وضحت شركة الأعمال في المادة (١٣٣٢)

حكم شركة الأعمال: وحكمها كون كل واحد من الشريكين وكيلاً عن الآخر في تقبل الأعمال إذ كان التوكيل لتقبل الأعمال جائز سواء كان الوكيل المذكور أهلاً لمباشرة تلك الأعمال أو لم يكن (البحر)

فلذلك يجوز أن يعقد خياط وبناء (لا يعرف من أمور الخياطة شيئاً) شركة أعمال للخياطة ولكن يجب أن يحوز الشريكان الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون ذلك العمل حلالاً، فلذلك لو عقد اثنان الشركة على اجراء المحرمات كسرقة الأموال وغصبها أو الغناء لا يصح لكن يصح عقد الشركة على تعليم الكتابة والفقه والقرآن الكريم

٢ ـ أن يكون المعقود عليه في الشركة قابلاً للتوكيل، فلذلك لا تجوز الشركة في الأعمال التي

لا يصح التوكيل فيها (الطحطاوي بزيادة) مثلاً لا يصح عقد الشركة على الشهادة في المحاكم أو للسؤال من الناس، لأنه لا يجوز الاستئجار للشهادة كما أنه يجوز عقد الشركة للسؤال (رد المحتار)

وكذلك لا تصح الشركة على الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء وعلى جمع الأثمار من الجبال المباحة وعلى تحري وأخذ الأحجار الكريمة والجواهر من الأماكن التي لم تكن بتصرف أحد. أنظر شرح المادتين (١٣٣٣ و ١٣٥٩). (مجمع الأنهر)

٣ - أن لا تنفي صلاحية أحد الشريكين من تقبل العمل، فلذلك إذا نص وصرح في عقد الشركة أن لأحدهما تقبل العمل وأن ليس للآخر تقبله فلا تصح الشركة (رد المحتار). أنظر شرح المادة (١٣٣٢)

أما في صورة عدم نفي صلاحية تقبل الآخر فالشركة صحيحة وجائزة سواء عقد الشريكان الشركة على أن لكليهما التقبل والعمل أو شرط التقبل لأحدهما والعمل للآخر (الطحطاوي)

ايضاح القيود:

١ - العمل، والمقصود من العمل محل العمل لأن العمل عرض غير قابل للتقبل

٢ - التقبل، واشترط تقبل الإثنين قيد غير لازم فإذا عقدا الشركة على أن أحدهما يتقبل العمل ويعمل الآخر أو يتقبل أحدهما القماش وفصله ويخيطه الآخر جاز (الطحطاوي)

٣ - يلزم أن يعقد الشركاء عقد الشركة لأجل استحقاقهم جميعاً الأجرة، فلذلك إذا تقبل ثلاثة أشخاص عملاً دون أن يعقدوا شركة بينهم وعمل أحدهم ذلك العمل فللعامل الذي قام بالعمل أخذ ثلث الأجرة وليس للآخرين أخذ شيء لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجرة فإذا عمل أحدهم الكل متطوعاً في الثلثين فلا يستحق الأجرة. أنظر شرح المادتين (١٣٣٢ و ١٣٤٩)

فالأجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين وعلى أن يكون الربح مشتركاً بينهما سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل أي سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساوياً أي مناصفة أو شرط ثلث العمل مثلاً لأحدهما والثلثان للآخر وسواء شرط تقسيم المال الذي يحصل من العمل أي الأجرة والربح متساوياً أو متفاضلاً فهو جائز استحساناً «الولوالجية» لأن الأجرة هي بدل العمل ومن الممكن أن يكون أحدهما ماهراً في العمل ومحسناً في الصنعة فجاز التفاضل في الأجرة ولأنه حسب المادة (١٣٤٥) يتقوّم العمل بالتقويم، ولذلك فزيادة الأجرة جائزة أنظر المادة (١٣٩٠) «مجمع الأنهر»

ويستدل من عنوان البحث أن حكم هذه المادة خاص بشركة العنان، وأما حكم شركة المفاوضة فقد مر في المادة (١٣٥٩)

المـادة (١٣٨٦) - (يجوز لكـل واحد من الشريكـين أن يتقبـل العمـل

ويتعهده، ويجوز أيضاً أن يتقبل أحدهما العمل ويعمل الآخر، ويجوز أيضاً للخياطين المشتركين شركة صنائع أن يتقبل أحدهما الأقمشة ويقصها ويفصلها وأن يخيطها الآخر).

يجوز لكل واحد من الشريكين أن يتقبل محل العمل ويتعهده سواء شرط في عقد الشركة تقبل وتعهد الشريكين أو شرط لأن تقبل وتعهد أحدهما بدون نفي صلاحية الشريك الآخر لأن الشركة تتضمن الوكالة. أنظر المادة الآتية. فلذلك إذا تقبل وتعهد أحدهما فيكون تقبله وتعهده وكالة عن شريكه الآخر ويكون الشريك المتقبل قد تقيد أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه، كما أنه يكون الشريك الذي قام بالعمل قد قام به أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه ولكن يجب أن لا تنفي صلاحية الشريك الذي شرط عليه العمل في تقبل العمل لأن عند السكوت صلاحية التقبل ثابتة اقتضاء ولكن لا يمكن اثباتها مع النفي (البحر) وقد بين ذلك في شرح المادة الآنفة، فلذلك للشريك الذي شرط عليه العمل أن يتقبل ويتعهد العمل سواء كان المتقبل أهلاً لايفاء العمل اللازم ايفاؤه كأن يشترك صباغ وخياط فيتعهد الصباغ بصبغ الثياب أو كان غير أهل لاجرائه كتعهد وتقبل الصباغ بخياطة الثياب (البحر).

ويجوز أيضاً للخياطين المشتركين شركة صنائع أن يعقدا الشركة على أن يتقبل أحدهما الأقمشة ويقصها ويفصلها وأن يخيطها الآخر (رد المحتار) أما إذا نص في عقد الشركة على أن يتقبل أحدهما وأن لا يتقبل الآخر بل يعمل فقط فلا تجوز الشركة لأنه في هذا الحال يكون الشريك الذي نفى عنه صلاحية التقبل قد نفيت عنه الوكالة، والحال أن الشركة تتضمن الوكالة كما هو مذكور في المادة الآتية

المادة (١٣٨٧) - (كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل، فلذلك يلزم إيفاء العمل الذي تقبله أحدهما عليه وعلى شريكه أيضاً، وعليه فشركة الأعمال عناناً في ضمان العمل في حكم المفاوضة فللمستأجر أن يطلب إيفاء العمل الذي تقبله أحد الشريكين من أيهما شاء ويكون كل واحد منهما مجبراً على إيفاء ذلك العمل وليس لأحدهما أن يقول: إن هذا العمل يقبله شريكي فلا دخل لي فيه)

لشركة الأعمال أحكام ثلاثة:

الأول - كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل محل العمل والتوكيل لتقبل العمل جائز سواء كان الوكيل أهلاً للعمل أو لم يكن كما ذكر في شرح المادة الآنفة

وعليه فالشريك يشارك شريكه في أجرة العمل الذي تقبله شريكه وأوفاه لأن تقبل أحد الشريكين وإيفاؤه العمل يكون أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه (مجمع الأنهر بزيادة) وكذلك لو سلم أحد الشريكين الشيء الذي تقبله لشريكه الآخر وفقد في يده فلا يلزمه ضمان. أنظر المادة

(٥٧٣) وشروحها (مجمع الأنهر)

الثاني ـ شركة الأعمال عناناً في ضمان العمل في حكم المفاوضة استحساناً، فلذلك يلزم ايفاء العمل الذي تقبله أحدهما عليه إذا لم يشرط العمل بالذات على ذلك الشريك بحكم الأصالة وعلى شريكه أيضاً بحكم الكفالة، وليس بظاهر أن هذه المسألة متفرعة عن الفقرة الآنفة حيث إن حقوق العقد في الوكالة تعود إلى العاقد كما جاء في المادة (١٤٦١) ومؤاخذة الشريك في ايفاء العمل لم تكن بحكم الوكالة بل باقتضاء الكفالة، فلذلك قد شرح على الوجه المذكور وبين المتفرع عليه على حدة

كذلك لو أدعى أحد الشريكين قائلاً: قد سلمتك كذا قماشاً لتخيطه فإذا أقر الشريك الآخر بأخذه القماش وقبضه الأجرة فيكون هذا الإقرار صحيحاً في حق الشريك الآخر أيضاً لأنهما كالمفاوضين (البحر)

وعلى ذلك فشركة الأعمال عناناً في ضمان العمل في حكم المفاوضة استحساناً، فللمستأجر أن يطلب ايفاء العمل الذي تقبله أحد الشريكين من أيهما شاء ويكون كل واحد منهما مجبراً على ايفاء ذلك العمل وليس لأحدهما أن يقول: إن هذا العمل تقبله شريكي فليفه هو ولا دخل لي فيه ما لم يكن قد شرط أن يعمله أحد الشريكين بنفسه حسب المادة (١٣٨٩) أي أنه إذا شرط أن يوفي أحد الشريكين ذلك العمل بذاته فلا يلزم الشريك الآخر. أنظر المادة (١٥٧١) وشرحها (البحر)

قيل «في ضمان العمل» لأن شركة الأعمال عناناً لم تكن في حكم المفاوضة سوى في هذه المادة والمادة الآتية فقط

مثلاً لو أقر الشريك بدين ناشئ عن شراء الصابون والماء مثلاً فلا يلزم الآخر شيء (البحر)

إن هذا الحكم ظاهر فيما إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة، أما إذا كانت الشركة المذكورة مقيدة بقيد العنان أو عقدت مطلقة وكانت منصرفة حسب المعتاد إلى العنان فجريان هذا الحكم فيها هو استحساني وليس بقياسي لأن الكفالة هي من مقتضى المفاوضة، ووجه الاستحسان هو أن هذه الشركة مقتضية للضمان. ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل (مجمع الأنهر والطحطاوي)

الثالث ـ المادة الآتية:

المادة (١٣٨٨) ـ (شركة الأعمال عناناً في خصوص اقتضاء البدل في حكم المفاوضة أيضاً، أي أن لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بكل الأجرة وإذا دفعها المستأجر لأيهما يبرأ)

شركة الأعمال عناناً في خصوص اقتضاء البدل أي في أخذ وقبض بدل العمل من المستأجر في حكم المفاوضة أيضاً، ومن ذلك يفهم أن شركة الأعمال عناناً هي في حكم المفاوضة في خصوصين فقط :

الأول - في ضمان العمل وقد مر ذكره في المادة الآنفة

الثاني - في اقتضاء البدل أي أن لكل واحد من الشريكين سواء كان الشريك الذي تعهد بالعمل وأوفاه أو الشريك الآخر وسواء كانت الشركة مفاوضة أو عناناً مطالبة المستأجر بكل الأجرة وإذا دفعها المستأجر لأيهما يبرأ من دينه أي أنه إذا دفع المستأجرون بدل الأيجار لأي واحد من الشريكين فيبرأون من حصة ذلك الشريك ومن حصة الشريك الآخر، وهذا الحكم استحساني ومخالف للقياس لأن الكفالة مقتضى المفاوضة (البحر)[1]

أما شركة الأعمال فناناً فهي باقية على مقتضاها فيما عدا هـذين الحكمين، وعليـه ففي التنصيص على المفاوضة في شركة الأعمال فائدة، وذلك إذا كانت شركة الأعمال عناناً وأقر أحد الشريكين بدين من ثمن المبيع المستهلك أو من أجرة الحانوت الذي انقضت اجارته أو أجرة الأجير، فلا يصدق بلا بيِّنة؛ لأن نفاذ الإقرار على الشريك الآخر هو من مقتضى المفاوضة. أما إذا لم يكن المبيع مستهلكاً بل كان موجوداً أو لم تنقض مدة الأجارة وكانت باقية فالدين المقر به يلزم كلا الشريكين (رد المحتار). أما إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة فالإقرار بالدين المذكور ينفذ في حق كليهما ويطالب كل واحد منهما بما يجب على شريكه بحكم الكفالة أيضاً

المادة (١٣٨٩) - (غير مجبر أحد الشريكين على إيفاء ما تقبله من العمل بالذات فإن شاء عمله بنفسه وإن شاء أعمل شريكه أو شخصاً آخر، لكن إن شرط المستأجر عمله بالذات فيلزمه حينئذ عمله بذاته. أنظر المادة (٥٧١)

غير مجبر أحد الشريكين على إيفاء ما تقبله من العمل بالذات، فإن شاء عمله بنفسه وإن شاء أعمل شريكه أو شخصاً آخر استأجره لذلك العمل. أنظر المادة (٥٧٣). لكن إن شرط المستأجر عمله بالذات فيلزمه حينئذ عمله بذاته وليس له أن يعمل آخر فيه. أنظر المادة (٥٧١) وفي هذه الصورة لا تكون المادة (١٣٨٧) على اطلاقها كما بين في شرح تلك المادة.

المادة (١٣٩٠) - (يقسم الشريكان الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه. يعني إن شرطا تقسيمه متساوياً فيقسمانه على التساوي وإن شرطا تقسيمه متفاضلاً كالثلث والثلثين مثلاً فيقسم حصتين وحصة)

يقسم الشريكان في شركة الأعمال عناناً الربح بينهما على الوجه الذي شرطاه سواء كانا

---

(١) إذا فسخ الشريكان الشركة أو مات الذي تقبل العمل لا يكون الشربك الآخر ملزماً بإيفائه

متساويين في العمل أو متفاضلين وسواء عمل أحدهما ولم يعمل الآخر أو كان عدم عمل أحدهما لعذر كالمرض والسفر أو لعدم علمه بالعمل أو كان بلا عذر كامتناعه عن العمل أي أن الشريك الغير العامل أيضاً مستحق للأجرة على كل حال. أما استحقاق العامل للأجرة فظاهر، وأما استحقاق الشريك غير العامل للأجرة فهو لأنه بتقبل العمل لزمه العمل وكان ضامناً له وبلزوم العمل والضمان يستحق الأجرة ولا تبطل الشركة بمجرد امتناعه عن العمل. والاستحقاق للربح هو للشرط الوارد في العقد وليس بالنسبة للعمل الذي أجري. (البحر ومجمع الأنهر والطحطاوي)

يعني ان شرطا تقسيمه متساوياً فيقسمانه على التساوي وان شرطا تقسيمه متفاضلاً كالثلث والثلثين مثلاً فيقسم حصتين وحصة. لأن العمل متفاوت فيمكن أن يكون أحد الشريكين أحذق من الآخر في العمل والعمل يتقوم بالتقويم كما جاء في المادة (الـ ١٣٤٥) حتى أنه لو شرط أكثر الربح للشريك الذي عمله أدنى من عمل الآخر أي لغير الماهر في الصنعة فهو صحيح لأن الربح بضمان العمل وليس بحقيقة العمل (البحر)

والمقصود من الشركة هنا هي شركة الأعمال عناناً كما قيد ذلك في الشرح. أما إذا كانت الشركة شركة مفاوضة فالتساوي في الكسب شرط كما ذكر في المادة (١٣٥٩)

المادة (١٣٩١)- (إذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب جاز. مثلاً إذا شرط الشريكان أن يعملا متساويين وأن يقسما الربح حصتين وحصة جاز لأنه يجوز أن يكون أحدهما أمهر في الصنعة وأجود في العمل)

كما يجوز أن يشترط التساوي في العمل والتساوي في الكسب يجوز أيضاً أن يشترط التساوي في العمل والتفاضل في الربح أنظر المادة (١٣٦٧). ويجب مراعاة هذا الشرط. أنظر المادة(٨٣) وحكم هذه المادة يستفاد من اطلاق المادة السالفة، فلذلك تكون هذه المادة من قبيل التصريح بما علم ضمناً

مثلاً إذا شرط الشريكان أن يعملا متساويين وأن يقسما الربح حصتين وحصة جاز لأنه يجوز أن يكون أحدهما أمهر في الصنعة وأجود في العمل فلذلك لا تكون الزيادة المذكورة ربحاً ما لم يضمن. أنظر مادة (١٣٤٥)

ويجب أن لا يفهم أنه يجب أن يكون الشريك الذي شرط له زيادة في الربح أمهر في العمل من الآخر وعمله أجود من عمل الآخر فشرط الزيادة المذكورة صحيح سواء كان الشريك المشروطة له الزيادة أمهر في الصنعة من الآخر أو لم يكن (رد المحتار والبحر)

هل أن قيد «التساوي في العمل» احترازي؟ فعليه إذا لم يشرط التساوي في العمل بل شرط

على أحدهما العمل كثيراً وشرط على الآخر العمل قليلاً وشرط التفاضل في الربح أي شرط زيادة الربح للمشروط عمله قليلاً فهل يجوز[١]؟

المادة (١٣٩٢) ـ (الشريكان يستحقان الأجرة بضمان العمل، فلذلك إذا لم يعمل أحدهما لمرضه أو لذهابه إلى محل أو لقعوده عن العمل وعمل شريكه فقط فيقسم الكسب والأجرة الحاصلة على الوجه الذي شرطاه أيضاً)

الشريكان يستحقان الأجرة بضمان العمل، وهذا الاستحقاق استحقاق الشريكين تجاه بعضهما لبعض أما استحقاقهما تجاه المستأجرين فقد بين في كتاب الأجارة. مثلاً إذا مرض أحدهما ولم يستطع العمل يكون له حصة في بدل الإجارة المأخوذة، أما إذا لم يوف الشريكان العمل الذي تعهدا بالقيام به فليس لهما طلب الأجرة من المستأجر

فلذلك إذا لم يعمل أحدهما لمرضه أو لغيابه بذهابه إلى محل أو لقعوده عن العمل عمداً وبلا عذر أو بعذر أو لم يتقبل العمل وعمل شريكه فقط وتقبله فيقسم الكسب والأجرة الحاصلة على الوجه الذي شرطاه أيضاً. أنظر المادة (١٣٨٧)

واستحقاق العامل للأجرة في هذه الصورة ظاهر، أما استحقاق الغير العامل للأجرة فهو بضمانه العمل إذ أن ضمان العمل حسب المادة (١٣٤٦) هو نوع من العمل (البحر) كما أن الشرط بين الشريكين هو مطلق العمل وليس عمل الشريك الذي تقبل العمل (رد المحتار) ألا يُرى أن المؤجر بعد ما يقبل العمل بنفسه فجاء آخر وأعانه على العمل تكون الأجرة له ولا تكون للمعين (الولوالجية والبحر)

المادة (١٣٩٣) ـ (إذا أتلف وتعطل المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيضمنه مع شريكه بالاشتراك وللمستأجر أن يضمن ماله لأيهما شاء ويقسم هذا الخسار بين الشريكين بنسبة مقدار الضمان، مثلاً إذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها مناصفة فيقسم الخسار مناصفة أيضاً، وإذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها ثلثا وثلثين فيقسم الخسار حصتين وحصة)

إذا تلف أو تعطل المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين أي تولد من فعل وصنع أحدهما ضرر وخسار ما فيضمنه مع شريكه بالاشتراك سواء كان ذلك الفعل والصنع معتاداً أو تجاوز المعتاد أنظر المادة (٦١١)

---

(١) ولو شرطا لأحدهما فضلاً فيما يحصل من الأجرة جاز إذا كانا شرطا التفاضل في ضمان ما يتقبلانه (البحر)

وللمستأجر أن يضمن مجموع ماله أي خسارة لأيهما شاء ويقسم هذا الخسار بين الشريكين بنسبة مقدار الضمان، وإذا شرط خلاف ذلك كان الشرط باطلاً

مثلاً إذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها مناصفة فيقسم الخسار مناصفة أيضاً، فلذلك إذا شرط ثلثا الخسار على أحدهما وثلثه على الآخر فلا حكم لهذا الشرط، وإذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها ثلثا وثلثين فيقسم الخسار حصتين وحصة، وإذا شرط في هذه الصورة تقسيم الخسار فلا حكم له (الهندية في شركة الأعمال)

قيل «بصنعه» لأنه إذا حصل الخسار بغير صنعه وكان التحرز غير ممكن فلا يلزم الضمان بالاتفاق، وأما إذا كان التحرز ممكناً فلا يلزم الضمان عند الإمام الأعظم. أنظر شرح المادة (٦٠٧).

المادة (١٣٩٤) - (عقد الحمالين الشركة على أن يكونوا مشتركين في التقبل والعمل صحيح)

أي في الاشتراك في التقبل والعمل معاً، أما إذا عقد الحمالون الشركة على المشاركة في العمل فقط وذلك لو عقد ثلاثة حمالين الشركة على أن أحدهما يملأ العدول والآخر يربطها ويخيطها والثالث ينقلها لبيوت المستأجرين وأن تقسم الأجرة مشتركة سوية بينهم فتكون الشركة فاسدة (البحر) لأنه لم يذكر التقبل وقد قيد بنوع وقد شرط على كل واحد منهم عمل من الأعمال مع أن شركة الأعمال هي عبارة عن تقبل العمل كما يفهم ذلك من المادة (١٣٨٥)

فعليه إذا جعل التقبل معقوداً عليه في عقد الشركة ولم يشرط في العقد تقبل جميع الشركاء فهو جائز ولأحدهم أن يتقبل فقط. أنظر المادة (١٣٨٦). (رد المحتار)

أما إذا تعهد ثلاثة حمالين نقل حمل بدون عقد شركة بينهم ونقله أحدهم فيستحق الحمال الناقل ثلث الأجرة وليس للآخرين أخذ شيء منها (مجمع الأنهر). أنظر المادة (١٣٨٥) وشرح المادة (٥٦٣)

المادة (١٣٩٥) - (إذا عقد اثنان الشركة على أن يتقبلا العمل وعلى أن يكون الحانوت من أحدهما والأدوات والآلات من الآخر يصح)

إذا عقد اثنان شركة صنائع على أن يتقبلا العمل ويعملاه وعلى أن يكون الحانوت من أحدهما والآلات والأدوات من الآخر يصح، وهذه الشركة جائزة في كل نوع من أنواع الصنائع (البحر) أما إذا عقدا الشركة صنائع على أن تكون الآلات والأدوات من أحدهما والعمل من الآخر فتكون فاسدة والربح للعامل وللآخر أجر مثل آلاته وأدواته (رد المحتار والبحر) لأن المعقود عليه في شركة الأعمال هو العمل. أما في هذه المسألة فالعمل من أحدهما والعين من الآخر

المادة (١٣٩٦) - (إذا عقد اثنان شركة صنائع على أن تكون الوكالة من أحدهما والعمل من الآخر صح. أنظر المادة «١٣٤٦»)

إذا عقد اثنان شركة صنائع على أن تكون الدكان من أحدهما أي أن يتقبل ويتعهد العمل صاحب الدكان والعمل من الآخر أي أن يعمل الأعمال التي تُعهد بها وتقبلت صح. أنظر المادة (١٣٤٦)

ويوجد بين مثال هذه المادة وبين المادة (١٣٤٦) التي أشير إليها في هذه المادة فرق ظاهر وهو أنه في المثال المذكور في تلك المادة مشروط أن يتقبل صاحب الدكان العمل ويتعهده، أما في هذه المادة فلم يشرط هذا الشرط فتعقد الشركة هنا على أن تكون الوكالة من أحدهما فقط والعمل من الآخر، ويقال عن هذه الشركة انها صحيحة، ولكن ترد على ذلك الأسئلة الآتية:

١ - يجب وجود نقل فقهي لجواز عقد الشركة على الوجه الظاهر في هذه المادة، والحال أنه في أواخر الباب الرابع من الهندية من مبحث الشركة وفي حاشية البحر قد ذكرت هذه الشركة من قبيل الشركة الفاسدة كما أنه حسب المسائل الواردة في رد المحتار يجب لصحة هذه الشركة أن يتقبل صاحب الدكان العمل وأن يتعهد به فحسب هذه النقول تكون هذه الشركة فاسدة. له سفينة فاشترك مع أربعة على أن يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس لصاحب السفينة وعليه أجر مثلهم (البحر)

٢ - والشركة في ذلك هي من قبيل الشركة في العروض وهي غير صحيحة فكما لا تصح أي الشركة في العروض لا تصح فيها أي المنفعة (تعليقات ابن عابدين على البحر) أنظر المادتين (١٣٤٢ و١٣٤٣) وشرحها فلذلك قد أولت هذه المادة كما ذكر شرحاً فتكون عين مثال المادة (١٣٤٦) وفي هذه الصورة لا يبقى محل للإشارة إلى ما قبل

والحاصل أن الشركة غير صحيحة على الوجه المبين في ظاهر هذه المادة، وباصلاحها الواقع شرحاً تصح الشركة ولكنها تكون عين المادة (١٣٤٦) ومستدركة

المادة (١٣٩٧) - (لو كان لأحد بغلة ولآخر بعير وعقدا شركة أعمال على أن يتقبلا ويتعهدا متساوياً نقل الأحمال عليهما صح ويقسم الكسب والأجرة الحاصلة بينهما مناصفة ولا ينظر إلى كون حمل الجمل أزيد لأن الشريكين يستحقان البدل في شركة الأعمال بضمان العمل، لكن إذا لم تعقد الشركة على تقبل العمل بل اشتركا على أن يؤجر البغلة والبعير عيناً وعلى تقسيم الأجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة وإذا أجر أي من البغلة أو الجمل فتكون أجرته إلى صاحبه لكن إذا أعان أحدهما الآخر في التحميل والنقل يأخذ مثل عمله)

لو كان لأحد بغلة ولآخر بعير وعقدا شركة أعمال على أن يتقبلا ويتعهدا متساويا نقل الأحمال عليهما بأجرة معلومة صح ، لأن هذه الشركة شركة تقبل والبغلة والجمل آلة العمل ويقسم الكسب والأجرة الحاصلة بينهما مناصفة، وكما أنه لا تعتبر زيادة عمل أحد الشريكين في شركة التقبل فلا ينظر في هذه أيضاً إلى كون حمل الجمل أزيد (رد المحتار) لأن الشريكين يستحقان البدل أي الأجرة في شركة الأعمال بضمان العمل. أنظر المادة (١٢٩٢). أي أن سبب وجوب الأجرة هو تقبل نقل الأحمال وفي هذه يشترك الإثنان، وليس لصاحب الجمل بعد تقبل نقل الأحمال على هذا الوجه أن يطلب زيادة أجرة لأن النقل جرى على البغلة والبعير ولأن حمل البعير أزيد من حمل البغلة أي أنه لا يجب تقسيم الأجرة على نسبة أجر مثل البغلة والبعير وإعطاء كل منهما حسب ذلك. وكذلك لو تقبل وتعهد اثنان بنقل حمولة متساوياً ثم حملاها على ظهريهما فيقسم الكسب بينهما مناصفة ولا يلزم تقسيم الكسب بنسبة أجر مثل كليهما باعتبار أن أحدهما قوي محمل حملاً أكثر من الآخر (الهندية)

لكن إذا لم تعقد الشركة على تقبل العمل حسب الوجه المبين آنفاً بل اشتركا على أن يؤجرا البغلة والبعير عيناً وعلى تقسيم الأجرة الحاصلة بينهما مناصفة فالشركة فاسدة، وإذا أجر أي من البغلة أو الجمل مقدار من الأجرة فتكون أجرته إلى صاحبه. وفساد الشركة هو كأن كل واحد منهما يقول للآخر: بع منافع دابتك ومنافع دابتي على أن يكون الثمن مشتركاً بيننا (رد المحتار) مع أن منفعة مال أحد إنما تعود إلى مالها ولا يوجد سبب لأن يشترك الآخر في منفعته

لكن إذا أعان أحدهما الآخر في التحميل والنقل يأخذ أجر مثل عمله ولا يتجاوز هذا الأجر نصف الأجرة عند الإمام أبي يوسف، وأما عند الإمام محمد فيلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ، والحكم المبين في المجلة هو في حال تأجير البعير وعدم تأجير البغلة أو تأجير البغلة وعدم تأجير البعير أو في حالة ايجار كل منهما بعقد على حدة، أما إذا أجر البعير والبغلة صفقة واحدة أي بعقد واحد وبأجرة واحدة فتقسم الأجرة على أجر مثل الجمل والبغلة ويعطى صاحباهما الأجرة على هذه النسبة، فإذا كان أجر مثل الجمل ضعف أجر مثل البغلة فيأخذ صاحب الجمل ثلثي الأجرة وصاحب البغلة ثلثها

وقد ذكر في المسألة الخامسة الواردة في شرح المادة «١٣٤٣» أنه يوجد فيها ثلاث صور

المادة (١٣٩٨) - (إذا عمل أحد في صنعته مع ابنه الذي في عياله فكافة الكسب لذلك الشخص ويعد ولده معيناً، كما أنه إذا غرس أحد شجراً فأعانه ولده الذي في عياله فيكون الشجر لذلك الشخص ولا يشاركه ولده فيه)

إذا عمل أحد في صنعة هو وابنه الذي في عياله واكتسبا أموالاً ولم يكن معلوماً أن للابن مالاً سابقاً فكافة الكسب لذلك الشخص ولا يكون لولده حصة في الكسب بل يعد ولده معيناً وليس له طلب أجر المثل

حتى أنه لو تنازع الأب في المتاع الموجود في بيته مع أولاده الخمسة الذين يقيمون معه في ذلك البيت وأدعى كل منهم أن المتاع له فالمتاع للأب ولا يكون للأولاد غير الثياب التي هم لابسوها (التنقيح) ما لم يثبتوا عكس ذلك

ويوجد ثلاثة شروط لأجل اعتبار الولد معيناً لأبيه:

١ ـ اتحاد الصنعة، فإذا كان الأب مزارعاً والابن صانع أحذية فكسب الأب من المزراعة والابن من صنعة الحذاء، فكسب كل منهما لنفسه وليس للأب المداخلة في كسب ابنه لكونه في عياله

وقول المجلة «مع ابنه» اشارة لهذا الشرط. مثلاً ان زيداً يسكن مع أبيه عمرو في بيت واحد ويعيش من طعام أبيه وقد كسب مالاً آخر فليس لأخوانه بعد وفاة أبيه ادخال ما كسبه زيد في الشركة. كذلك لو كان اثنان يسكنان في دار وكل منهما يكسب على حدة وجمعا كسبهما في محل واحد ولم يعلم مجموعه لمن كما أنه لم يعلم التساوي أو التفاوت فيه فيقسم سوية بينهما ولو كانا مختلفين في العمل والرأي

٢ ـ فقدان الأموال سابقاً، إذ كان للأب أموال سابقة كسبها ولم يكن معلوماً للإبن أموال بأن ورث من مورثه أموالاً معلومة فيعد الابن في عيال الأب

٣ ـ أن يكون الابن في عيال أبيه، أما إذا كان الأب يسكن في دار والابن في دار أخرى وكسب الابن أموالاً عظيمة فليس للأب المداخلة في أموال ابنه بداعي أنه ليس للابن مال في حياة أبيه. كذلك لو كان اخوة أربعة في عائلة واحدة وسعوا في تكثير وتنمية الأموال الموروثة عن أبيهم فتقسم الأقسام بينهم بالسوية ولا ينظر إلى اختلاف عملهم أو اختلاف رأيهم

وتعبير «ولده» ليس احترازياً فالحكم في الزوجة والأخوة على الوجه المذكور أيضاً وذلك لو عمل أحد في صنعة مع زوجته الموجودة في عياله واكتسبا أموالاً فكافة الكسب للزوج وتعد الزوجة معينة (الهندية) أما إذا كان للزوجة كسب على حدة فكافة الكسب لها ولا تعد معينة للزوج، كذلك لو كان في عيال أحد ولد له وأخوان وعملوا في صنعة واكتسبوا أموالاً فكافة الكسب لذلك الشخص ويكون هؤلاء معينين له[١]

عيال، بكسر العين، وقد وضح معناها في شرح المادة (الـ ٧٧٢)

كما أنه إذا غرس شجراً فأعانه ولده الذي في عياله في الغرس فيكون كامل الشجر لذلك الشخص ولا يشاركه ولده في ذلك الشجر

---

(١) والقول فيما لديه بيمينه وليتق الله فالجزاء أمامه وبين يديه والحكم دائر مع علته باجماع أهل الدين الحاملين لحكمته «التنقيح والخيرية ورد المحتار وواقعات المفتين مع ايضاح وتفصيل»

المبحث الثالث

«في بيان المسائل المتعلقة بشركة الوجوه»

ويقال لشركة الوجوه شركة المفاليس (الطحطاوي) وقد عرّفت هذهّ الشركة في المادة (١٣٣٢) فلذلك لا فائدة من إعادة تعريفها

المادة (١٣٩٩) - (لا يشترط التساوي في حصة الشريكين في المال المشترى مثلاً فكما يجوز أن يكون ما اشترياه من المال مناصفة بينهما يجوز أن يكون ثلثين وثلثاً)

لا يشترط التساوي في حصة الشريكين اللذين عقدا شركة وجوه عناناً في المال المشترى وقد ذكر في المادة (١٣٦٥) أن الحكم على هذا الوجه في شركة الأموال أيضاً، أما إذا كانت شركة الوجوه شركة مفاوضة فيشترط تساوي حصة الشريكين في المال المشترى «مجمع الأنهر»

مثلاً فكما يجوز أن يكون ما اشتراه الشريكان شركة عنان من المال مناصفة بينهما يجوز أيضاً أن يكون ثلثين وثلثا، وكما يجوز شركة الوجوه على نوع واحد من أنواع التجارة تجوز أيضاً على عموم أنواع التجارات وتسمى الأولى شركة وجوه خاصة والثانية شركة وجوه عامة (رد المحتار والطحطاوي)

المادة (١٤٠٠) - (استحقاق الربح في شركة الوجوه إنما هو بالضمان)

استحقاق الشريكين للربح في شركة الوجوه إنما هو بالضمان. أنظر المادة (١٤٠٢) والمقصود من الضمان ضمان ثمن المال المشترى ويفهم ذلك من المادة الآتية. ان المادة (١٤٠٢) هي فرع لهذه المادة وبالصورة التي يضمن بها الثمن يكون الملك على هذه الصورة، فإذا شرط زيادة عن ذلك فهو لغو (رد المحتار بزيادة)

المادة (١٤٠١) - (ضمان ثمن المال المشترى يكون بنسبة حصة الشريكين فيه)

فلذلك إذا شرط أن يكون المال المشترى مشتركاً مناصفة بين الشريكين فيكون ثمن المال المشترى ديناً على الشريكين مناصفة «الولوالجية» ولكن للبائع أن يطالب بالثمن الشريك المشتري باعتباره عاقداً ويرجع الشريك المشتري بعد الأداء بالنصف على شريكه، وإذا شرطت المثالثة في المال المشترى فيلزم أيضاً، والاشتراك على صور أخرى يقاس على هذا الوجه

المادة (١٤٠٢) ـ (تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشترى، فإذا شرط لأحدهما زيادة عن حصته في المال المشترى فالشرط لغو ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار حصتهما في المال المشترى. مثلاً إذا شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة فيكون الربح أيضاً مناصفة، وان شرط أن تكون ثلثين وثلثا فيكون الربح أيضاً ثلثين وثلثا، ولكن إذا شرط تقسيم الربح ثلثا وثلثين مع كونه قد شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة فلا يعتبر هذا الشرط ويقسم الربح بينهما مناصفة)

اشتراط الربح بمقدار اشتراط الملك في المال المشترى، أي تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشترى، فعليه إذا شرط لأحدهما ربح زيادة عن حصته في المال المشترى فالشرط لغو حيث تكون هذه الزيادة ربح ما لم يضمن، أما العقد فيبقى صحيحاً (مجمع الأنهر). أما في شركة الأموال عناناً فقد جاز التفاضل في الربح مع التساوي في المال. أنظر المادة (١٣٧١) لأن الشركة المذكورة هي بمعنى المضاربة حيث يكون كل واحد من الشريكين عاملاً في مال الآخر. أنظر المادة (١٤٢٥) وفي هذه الصورة تفترق شركة العنان وجوها (البحر)

ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار حصتهما في المال المشترى، مثلاً إذا شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة فيكون الربح أيضاً مناصفة، وأن شرط أن تكون ثلثين وثلثا فيكون الربح أيضاً ثلثين وثلثا، أي: يعطى ثلثا الربح للشريك الذي له الثلثان في المال المشترى والثلث للشريك الذي له ثلث في المال المشترى

ولكن إذا شرط تقسيم الربح ثلثاً وثلثين مع كونه قد شرط أن تكون الأشياء مناصفة فلا يعتبر هذا الشرط ويقسم الربح بينهما مناصفة، كما أنه لو كان مشروطاً أن تكون الأشياء ثلثاً وثلثين بينهما وأن يقسم الربح بينهما مناصفة فلا يعتبر هذا الشرط المذكور ويقسم الربح بينهما ثلثاً وثلثين (الولوالجية)

المادة (١٤٠٣) ـ (يقسم الضرر والخسار في كل حال بنسبة مقدار حصة الشريكين في المال المشترى سواء باشرا عقد الشراء معاً أو باشره أحدهما فقط، مثلاً إذا تضرر شريكا شركة وجوه في بيعها وشرائها فإذا كانا عقدا الشركة على أن يكون المال المشترى مناصفة بينهما فيقسم الضرر والخسار بالتساوي أيضاً، وإذا عقدا الشركة على كون الحصة في المال المشترى ثلثين وثلثا يقسم الضرر والخسار أيضاً ثلثين وثلثا سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه معاً أو اشتراه أحدهما للشركة فقط)

يقسم الضرر والخسار في كل حال بنسبة مقدار حصة الشريكين في المال المشترى كما يقسم الربح على هذا الوجه، وإذا شرط خلاف ذلك فالشرط لغو أنظر المادة (١٣٦٩) والمقصد من عبارة «في كل حال» هو أنه سواء باشرا عقد الشراء معاً أو باشراه أحدهما فقط، أو سواء شرطا التقسيم على وجه آخر أو لم يشرطاه

مثلاً: إذا تضرر شريكا شركة وجوه في بيعهما وشرائهما فإذا كانا عقدا الشركة على أن يكون المال المشترى مناصفة بينهما فيقسم الضرر والخسار عند حصوله بالتساوي أيضاً وفي هذا الحال إذا شرط تقسيم الضرر والخسار ثلثا وثلثين فلا يعتبر هذا الشرط

وإذا عقد الشركة على كون الحصة في المال المشترى ثلثين وثلثاً يقسم الضرر والخسار أيضاً ثلثين وثلثا، وفي هذه الصورة إذا شرط تقسيم الضرر والخسار مناصفة فلا يعتبر الشرط، سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه معاً أو اشتراه أحدهما للشركة فقط، لأنه إذا وقع الشراء من أحدهما فقط فيكون المشتري وكيلاً عن الآخر في الشراء أنظر المادة (١٣٣٥)

الباب السابع

«في حق المضاربة، ويحتوي على ثلاثة فصول»

مشروعية المضاربة ثابتة بالسنة الشريفة واجماع الأمة والإحتياج إليها

السنة: أن الرسول ﷺ حينما رأى الناس يباشرون هذه المعاملة فأقرهم عليها

اجماع الأمة: وقد عمل الصحابة الكرام هذه المعلملة أيضاً

الاحتياج: إن بعض الناس مع كونهم أغنياء يعجزون عن التصرف في أموالهم وتنميتها، كما أن بعضهم مقتدر على التصرف في الأموال وفي أثمانها مع كونه محروماً من المال، فلذلك توجد ضرورة لهذا النوع من التصرف لتنظيم مصالح الغبي والذكي والفقير والغني (مجمع الأنهر)

الفصل الأول

«في تعريف وتقسيم المضاربة»

المادة (١٤٠٤) ـ (المضاربة نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر، ويدعى صاحب المال رب المال والعامل مضارباً)

المضاربة بوزن المفاعلة ومعناها اللغوي مأخوذ من ضرب في الأرض الذي بمعنى مشى على الأرض، وتفصيلات هذه المعاملة بالمضاربة هو لأن المضارب يسافر ويرتاد الأقطار لطلب الربح قال تعالى ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾ أي يسافرون في التجارة. (الدرر ومجمع الأنهر)

ومعناها الشرعي: نوع شركة في الربح على أن يكون رأس المال من طرف أي من جانب رب المال ولو كان متعدداً، السعي والعمل من الطرف الآخر ولو كان متعدداً، ويسمي أهل الحجاز هذا العقد المقارضة والقراض، وهو مأخوذ من القرض والقطع لأن صاحب المال يقطع ويفرز مقداراً من ماله ويسلمه للعامل، ولكن المجلة قد اختارت اللفظ الموافق للنص﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾فأطلقت على هذا العقد عقد المضاربة كما سماه الفقهاء الأخرون (الطحطاوي)

إيضاح القيود:

١ ـ من طرف ـ من الطرف الآخر، فهذا التعبير يشمل كون الطرفين شخصاً واحداً كما أنه يشمل كونها اثنين أو أكثر ويشمل أيضاً أن يكون الطرف شخصاً واحداً وأن يكون الطرف الآخر أزيد من ذلك (القهستاني بزيادة)

٢ ـ والسعي والعمل من الطرف الآخر، ويفهم من هذا التعبير أن حقيقة وماهية هذه المضاربة عبارة عن مجموع العقد والعمل، وهذا مخالف لما ورد في المادة الآتية من أن ركن المضاربة الإيجاب والقبول، ويستفاد من حصول العمل من قبل المضارب أنه لو شرط عمل رب المال مع المضارب تفسد المضاربة لأن هذا الشرط يخل بتسليم رأس المال للمضارب. أنظر المادة (١٤١٠) سواء كان رب المال المشروط عمله عاقداً أو غير عاقد كالصغير والمعتوه (البحر ومجمع الأنهر).

كذلك لو أعطى أحد الشريكين عناناً مقداراً من رأس مال الشركة إلى آخر مضاربة وشرط عمل الشريك مع المضارب تفسد المضاربة (البحر)

٣ ـ في الربح، أما إذا شرط تمام الربح لأحدهما فلا يكون هذا العقد مضاربة، فإذا شرط كل الربح للمضارب فيكون العقد قرضاً والمضارب مستقرضاً لقلة ضرر القرض بالنسبة إلى الهبة فجعل قرضاً ولم يجعل هبة (رد المحتار)، لأن القرض أدنى التبرع لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطعه عنهما، فكان أولى لكونه أقل ضرراً. ولأن استحقاق المضارب لكل الربح يحصل بكون رأس المال للمضارب لأن الربح فرع للمال، وفي هذه الصورة فمقتضى شرط كل الربح للمضارب يوجب تمليك رأس المال للمضارب كما أنه إذا شرط كل الربح لرب المال كان المضارب مستبضعاً فليس له ربح ولا أجرة كما أنه لا يكون مسؤولاً عند هلاك المال(البحر ومجمع الأنهر)

ويفهم من هذه الإيضاحات أنه يقتضي في المضاربة أن يكون الاشتراك في الربح، فلذلك إذا شرط للمضارب شيء من رأس المال أو مقدار من رأس المال ومقدار من الربح تفسد المضاربة (البحر والدر المنتقى)

وتخرج بتعبير «في الربح» المضاربة الفاسدة حيث لا يكون في المضاربة الفاسدة اشتراك في الربح ويكون كل الربح لرب المال، ولكن تنقلب المضاربة الفاسدة في هذا الحال للإجارة ولا يكون خروجها من التعريف مضراً بها (تكملة رد المحتار)

ويدعى صاحب المال رب المال والعامل مضارباً بصيغة اسم الفاعل، ولفظ «رب» تأتي بمعنى مالك ومصلح وسيد ومعبود، لكن معناها هنا المالك، وإذا قيل الرب معرفاً بالام فيطلق على الله سبحانه وتعالى (الكليات)

المادة (١٤٠٥) ـ (ركن المضاربة الإيجاب والقبول، مثلاً إذا قال رب المال للمضارب: خذ رأس المال هذا مضاربة واسع واعمل على أن يقسم ربحه بيننا مناصفة أو ثلثين وثلثا. أو قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقوله: خذ هذه النقود واجعلها رأس مال والربح مشترك بيننا على نسبة كذا، وقبل المضارب، تنعقد المضاربة).

ركن المضاربة الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر كركن العقود الأخرى، بلفظ المضاربة أو بألفاظ تدل على المضاربة، فإذا قال رب المال: قد أعطيتك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو قال: خذ هذا المال واعمل به على أن يكون نصف الربح أو ثلثه لك، أو خذ رأس المال هذا واشتر به متاعاً وإذا حصل منه ربح فكذا منه لك، أو خذ رأس المال بالنصف فهو ايجاب؛ وقول الطرف الآخر قبلت، أو لفظاً يفيد هذا المعنى هو قبول (البحر والطحطاوي)

مثلاً إذا قال رب المال للمضارب: خذ رأس المال هذا مضاربة مشيراً إلى مال صالح لأن يكون رأس مال واسع واعمل على أن يقسم ربحه بيننا مناصفة أو ثلثين وثلثا، أو قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقوله: خذ هذه النقود واجعلها رأس مال والربح مشترك على نسبة كذا، وقبل المضارب ايجاب رب المال تعقد المضاربة، أما إذا لم يذكر لفظ المضاربة كما لم يذكر لفظ يفيد معنى المضاربة فلا تنعقد المضاربة الصحيحة. وذلك لو قال رب المال للمضارب: خذ الألف الدرهم واشتر بها حنطة أو بزاً على أن يقسم بيننا مناصفة فلا تنعقد المضاربة بل تكون إجارة فاسدة، وإذا اشترى يأخذ أجر المثل مقابل عمل الشراء، وليس له بيع ما اشتراه إلا إذا أمره رب المال بالبيع (البحر) حيث أنه لم يذكر في هذه المعاملة لفظ المضاربة كما أنه لم يذكر لفظ يفيد معنى المضاربة كالبيع والشراء والحصة من الربح

وقول رب المال: خذ هذه الألف الدرهم واشتر بها حنطة على أن تقسم مناصفة، لم يعلم به هذا التناصف هل هو في الربح أو في رأس المال (الولوالجية)

كذلك إذا سلم أحد الآخر ألف درهم وقال له: اشتر بها مالاً على أن يكون مناصفة بيننا وأن يكون الربح والخسارة بيننا فلا يكون عقد مضاربة. وإذا تلفت في يده قبل الشراء فلا يلزمه ضمان، أما إذا اشترى مالاً فيضمن لرب المال نصف ما دفعه من الثمن لأن هذه المعاملة كما أنها لم تكن مضاربة لم تكن شركة عقد بل هي شركة ملك ونصف ما اشتراه من المال كان ملكاً له إلا أنه قد دفع ثمنه من مال الآمر فلزم على المشتري ضمان نصف الثمن (رد المحتار)

المادة (١٤٠٦) ـ (المضاربة قسمان: أحدهما مضاربة مطلقة، والآخر مضاربة مقيدة)

المضاربة قسمان: أحدهما مضاربة مطلقة أي عارية عن القيد المفيد، والآخر مضاربة مقيدة أي مقيدة بقيد مفيد. وتسمى المضاربة المطلقة مضاربة عامة والمضاربة المقيدة مضاربة خاصة (الدر المنتقى). ويفهم من هذا أن المضاربة تقبل التقييد لأن التجارة تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقاف والأشخاص (الطحطاوي)

وقد قسمت المضاربة في هذه المادة إلى قسمين. وقد ذكرت أحكام المضاربة المطلقة في المادة (١٤١٤) وما يتلوها من المواد وحكم المضاربة المقيدة في المادة (١٤٢٠) وما يعقبها من المواد

زمان تقييد المضاربة:

كما يجوز تقسد المضاربة وقت العقد يجوز تقييدها بعد العقد أيضاً، أي إذا قيد رب المال المضاربة بعد العقد حال وجود رأس المال على حاله صح . وكذلك لرب المال تقييد المضاربة بعدم بيع المضارب المال نسيئة بعد التصرف برأس المال بيعاً وشراء وعودة رأس المال إلى حاله النقدية أما إذا اشترى برأس المال عروضاً وكانت العروض باقية على حالها ونهى عن البيع نسيئة وقيدت المضاربة من رب المال على هذا الوجه فالنهي غير معتبر لأنه ليس لرب المال في هذا الحال عزل المضارب كما أنه لا يقتدر على التخصيص والتقييد نوعاً ما عزل، فإذا اشترى ببعض المال ثم قال له لا تعمل به إلا في الحنطة لم يكن له أن يشتري بالباقي إلأ الحنطة فإذا باع ذلك الشيء وصار نقداً لم يشتر به إلا الحنطة (تكملة رد المحتار)

الأنواع الثلاثة للتقييد في المضاربة:

قد ذكر شرحاً أن المقصود من القيد المفيد، لأن القيد في المضاربة على ثلاثة أنواع:

١ ـ القيد المفيد، فعلى المضارب أن يراعي هذا القيد. أنظر المادة (١٤٢٠)

٢ ـ القيد الغير المفيد، لا حكم لهذا القيد ولا يلزم المضارب مراعاته كالنهي عن بيع المال بثمن معجل، وذلك لو نهى رب المال المضارب قائلاً له: لا تبع المال بثمن معجل فللمضارب بيع المال نسيئة كما أن له بيعه نقداً «البحر ورد المحتار» لأنه لا فائدة لرب المال من هذا التقييد

٣ ـ القيد المفيد في الجملة، كقول رب المال للمضارب: اعمل في السوق الفلاني من المدينة الفلانية، وحكم هذا القيد أنه إذا نهى رب المال عن خلافه كقوله: بع في السوق الفلاني ولا تبع في أسواق أخرى فيلزم المضارب اتباع هذا القيد، أما إذا لم ينهه عن خلافه كقوله: اعمل في السوق الفلاني فقط فلا يكون هذا التقييد صحيحاً (رد المحتار) لأن البلدة مع تباين أطرافه كبقعة واحدة (تكملة رد المحتار) وقد ذكر في البحر أمثلة عديدة لهذا النوع من التغيير فعلى من يرغب الاطلاع على ذلك الرجوع عليه

المادة (١٤٠٧) ـ (المضاربة المطلقة هي التي لم تتقيد بزمان أو مكان أو بنوع تجارة أو بتعيين بائع أو مشتر، وإذا تقيدت بأحد هذه فتكون مضاربة مقيدة. مثلاً إذا قال اعمل في الوقت الفلاني أو المكان الفلاني أو بع واشتر مالاً من الجنس الفلاني أو عامل فلاناً وفلاناً أو أهالي البلدة الفلانية تكون المضاربة مقيدة)

المضاربة المطلقة هي التي لم تتقيد (١) بزمان (٢) أو مكان (٣) أو بنوع تجارة (٤) أو بمتاع معين (٥) أو بتعيين بائع أو مشتر، مثلاً لو قال رب المال للمضارب: قد أعطيتك هذا المال مضاربة

على أن يكون الربح مشتركاً بيننا على وجه كذا، ولم يضف قيداً آخر فتكون المضاربة مطلقة (الدرر).

وإذا قيدت بقيد واحد على الأقل فتكون مقيدة لأن المضاربة قابلة للتقييد بقيد مفيد لأن التجارة تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص

١ ـ مثلاً لو قال: بع واشتر في الوقت الفلاني، فتكون في المضاربة مقيدة بالشتاء في هذه الصورة فليس للمضارب البيع والشراء صيفاً والعكس بالعكس

٢ ـ أو بع واشتر في المحل الفلاني فتكون المضاربة مقيدة، وفي هذه الصورة إذا قيدت بهذه المدينة فليس له الذهاب إلى بلدة أخرى فيجب عليه الذهاب إلى تلك البلدة وليس له البيع والشراء في هذه البلدة «تكملة رد المحتار»

٣ ـ وإذا قيدت بقوله: بع واشتر مالاً من الجنس الفلاني، كقوله مثلاً: بع واشتر حنطة، فليس له أن يبيع ويشتري سكراً أو حيوانات (تكملة رد المحتار مع تغيير)

٤و٥ ـ أو قال اشتر الفرس الفلانية وبعها أو بع واشتر مع فلان وفلان أو مع أهالي البلدة الفلانية أو مع الشخص الفلاني، فتكون المضاربة مقيدة. وتكون المضاربة في الصورة الأولى مقيدة بالزمان وفي الثانية بالمكان وفي الثالثة بنوع تجارة وفي الرابعة بمتاع معين وفي الخامسة بالبائع والمشتري (القهستاني بزيادة)

كما أنه لو قيل للمضارب: اشتر وبع في الوقت الفلاني وفي المحل الفلاني، فيكون التقييد تقييداً مكاناً وزماناً فلا يجوز للمضارب البيع والشراء في غير ذلك المحل المقيد به

اختلاف الطرفين في التقييد: إذا أدعى رب المال تقييد المضاربة بنوع تجارة وأنكر المضارب وأدعى العموم والإطلاق فالقول مع اليمين للمضارب لأن الأصل في المضاربة الإطلاق إذ المقصود منها الاسترباح العموم والإطلاق والقول للموكل في الوكالة (رد المحتار)

والتخصيص يكون بسبب عارض وتقبل البينة ممن بقيمها وإذا أقامها كلاهما فإذا بين كل منهما زماناً مختلفاً في حق التقييد فترجع بينة الذي يثبت الزمان المؤخر لأن آخر الشرطين ينقص الشرط الأول، وإذا بين كلاهما زماناً ووقتاً واحداً أو بين أحدهما وقتاً ولم يبين الآخر فترجح بينة رب المال، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا أدعى المالك العموم والمضارب الخصوص فالقول للمالك (الدر المختار)

إذا أدعى كل من رب المال والمضارب نوعاً مختلفاً من التقييد كأن يدعي أحدهما قائلاً: إنني قلت لك بع واشتر السكر، وقال الآخر: قد قلت لي بع واشتر الصابون، فالقول لرب المال لأن كليهما قد اتفقا على التخصيص وبما أن الأذن مستفاد من رب المال فالقول له أما البينة فعلى المضارب لأن المضارب محتاج لنفي الضمان عنه. أما رب المال فغير محتاج لذلك، وإذا كانت البينتان

تبينان وقتين مختلفين فترجح بينة مثبت الوقت الأخير لأنه كما ذكر أن آخر الشرطين ينقض الشرط الأول. مثلاً لو أدعى رب المال بأنني أعطيت رأس المال لبيع وشراء الحنطة في شهر آذار وأدعى المضارب أنه أخذ رأس المال ليشتري ويبيع سكراً في شهر آب وأقام كلاهما البينة فترجح بينة رب المال (رد المحتار) وإذا أدعى رب المال العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً (البحر)

يوجد في ختام باب المضاربة في كتابي مجمع الأنهر والتنوير تفصيلات متعلقة بهذا البحث فليرجع إليهما من يريد الزيادة

الفصل الثاني

(في بيان شروط المضاربة)

شروط المضاربة ثمانية:

١ ـ يشترط أهلية رب المال للتوكيل وأهلية المضارب للوكالة. وقد ذكر هذا الشرط في المادة (١٤٠٨)

٢ ـ أن يكون رأس المال من الأثمان. وهذا الشرط مذكور في المادة (١٤٠٩)

٢ ـ أن يكون رأس المال معلوماً عند العاقدين. وهذا الشرط مذكور في المادة (١٤١١)

٤ ـ أن يكون رأس المال عيناً. وهذا الشرط مذكور في المادة (١٤٠٩)

٥ ـ تسليم رأس المال للمضارب لأن العمل مطلوب من المضارب فإذا لم يسلم إليه رأس المال على وجه الكمال فلا يتمكن المضارب من العمل في رأس المال، فلذلك إذا شرط حفظ رأس المال كل ليلة عند المالك تفسد المضاربة، كما أنه إذا شرط عمل رب المال أثناء عقد المضاربة تفسد أيضاً (الطحطاوي) وهذا الشرط قد ذكر في المادة (١٤١٠)

٦ ـ أن يكون الربح شائعاً. وهذا الشرط مذكور في المادة (١٤١١)

٧ ـ أن تكون حصة المضارب وحصة رب المال من الربح معلومة عند العقد. وهذا الشرط مذكور في المادة (١٤١١)

٨ ـ أن تكون الحصة التي يتعطى للمضارب من الربح، فلذلك إذا شرط اعطاء هذه الحصة من رأس المال فقط أو شرط اعطاء مقدار منها من رأس المال ومقدار منها من الربح تفسد الضاربة (الطحطاوي والدر المنتقى).

قاعدة في فساد المضاربة:

كل شرط يوجب الجهالة في الربح أو قطع الشركة أو يشترط فيه كل العمل أو بعضه على رب المال يفسد المضاربة، كاشتراط الربح على التردد كثلث أو نصف الربح أو اشتراط حصة معينة

من الربح، ويكون الشرط باطلاً ويصح عقد المضاربة اعتباراً للوكالة كاشتراط الخسران على المضارب أو اشتراطه عليهما معاً (الطحطاوي ورد المحتار)

أحكام المضاربة الصحيحة والفاسدة: تتحد هاتان المضاربتان في بعض الأحكام وهي كون المضارب أميناً سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة. أنظر المادتين (١٣١٤ و١٤٢٧). وكل شيء يجوز للمضارب في المضاربة الصحيحة فهو جائز للمضارب في المضاربة الفاسدة كالشراء والبيع والإجارة والبضاعة وأمثالها ولا ضمان على المضارب. وكذلك لو قال له: اعمل برأيك، جاز له ما يجوز في المضاربة الصحيحة

وتفترقان في بعض الأحكام: وهي تقسيم الربح في المضاربة الصحيحة على الوجه المشروط. أنظر المادة (١٤٢٥) أما في المضاربة الفاسدة فيعود مجموع الربح لرب المال ويأخذ المضارب أجر مثله. أنظر المادة (١٤٢٦)

المادة (١٤٠٨) - (تشترط أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة)

أنظر المادتين (١٤٥٧ و١٤٥٨) لأن المضاربة وكالة أي أن رب المال الموكل والمضارب وكيله (الدرر)

المادة (١٤٠٩) - (يشترط أن يكون رأس المال مالاً صالحاً لأن يكون رأس مال شركة. أنظر الفصل الثالث من باب شركة العقد، فلذلك لا يجوز أن تكون العروض والعقار والديون التي في ذمم الناس رأس مال في المضاربة. لكن إذا أعطى رب المال شيئاً من العروض وقال للمضارب: بع هذا واعمل بثمنه مضاربة، وقبل المضارب وقبضه وباع ذلك المال واتخذ بدله النقود رأس مال وباع واشترى فتكون المضاربة صحيحة. كذلك إذا قال: اقبض كذا درهماً الدين الذي لي في ذمة فلان واستعمله في طريق المضاربة، وقبل الآخر فتكون المضاربة صحيحة).

يشترط أن يكون رأس مال المضاربة مالاً صالحاً لأن يكون رأس مال شركة كالعين والنقد ولو كان مشاعاً، وحيث إن المضاربة تكون عند حصول الربح شركة فيجب أن يحوز رأس المال الشروط المذكورة في المواد (١٣٣٨ و ١٣٤٠ و ١٣٤١ و ١٣٤٢) «الطحطاوي بزيادة والبحر» أنظر الفصل الثالث من باب شركة العقد

فلذلك لا يجوز أن تكون العروض والعقار والمكيلات والموزونات والديون التي في ذمم الناس رأس مال في المضاربة، كما أنه لا يجوز اتخاذها رأس مال لشركة العقد

وقوله «في ذمم الناس» ليس للاحتراز من ذمة المضارب لأن الدين في ذمة المضارب لا يجوز اتخاذه رأس مال للمضاربة أيضاً حيث إن المضارب ابتداء أمين مع أنه غير أمين في الدين المطلوب من ذمته أي أنه لا يبرأ إلا بتسليمه لربه (التكملة)

وما دام أنه لا يجوز اتخاذ الدين في ذمة المضارب رأس مال فالمال الذي يشتريه المضارب يكون ملكه ويبقى الدين لرب المال في ذمته (رد المحتار)

وقوله «في ذمم الناس» احتراز من النقود التي في يد الغاصب أو المستودع أو المستبضع فلذلك إذا قال رب المال للغاصب أو المستودع أو المستبضع: اعمل بالمال الذي في يدك مضاربة، وعمل جازت المضاربة «البحر»

كون رأس المال مشاعاً: وقد أشير شرحاً أنه يجوز أن يكون رأس مال المضاربة مشاعاً، وذلك لو أعطى رب المال لأحد عشرين ديناراً وقال له: خذ نصفها ديناً لك واعمل بنصفها مضاربة على أن يكون الربح بيننا مشتركاً مناصفة، وقبض الآخر وقبل صحت المضاربة

لكن إذا أعطى رب المال شيئاً من العروض وقال للمضارب: بع هذا واعمل بثمنه مضاربة وقبل المضارب وقبضه وباع ذلك المال واتخذ بدله النقود رأس مال وباع واشترى فتكون المضاربة صحيحة إذ لا تكون المضاربة في هذا الحال مضافة للعروض بل مضافة إلى الثمن والثمن هو من الأموال الصالحة لاتخاذها رأس مال في المضاربة

وإن يكن أن في ذلك اضافة إلى المستقبل لكن حيث إن المضاربة إما أن تكون وكالة أو وديعة أو إجارة فليس فيها ما يمنع الإضافة (الدرر والتكملة) وفي هذه الصورة يمكن بهذه الفقرة عمل حيلة لاتخاذ العروض رأس مال للشركة، وحيلة أخرى ذكرها الخصاف وهي أن يبيع المتاع إلى رجل يثق به ويقبض المال ويدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه (رد المحتار)

أما إذا أعطيت العروض على أن قيمتها ألف درهم وأن تتخذ الألف درهم رأس مال فهو باطل (الدرر)

وقوله في هذه الفقرة «وأعطاه» ليس لقيد احترازي لأنه إذا لم يعط العروض وقال له: اشتر فرساً نسيئة ثم بعها واعمل بثمنها مضاربة، واشترى الآخر فرساً ثم باعها بثمنها وعمل بثمنها في طريق المضاربة جاز (البحر)

وقول المجلة «بع هذا واعمل بثمنه» قيد احترازي لأنه لو قال: بع على أن يكون الربح مشتركاً بيننا مثالثة، لا يصح. وذلك لو أعطى زيد لعمرو شيئاً من العروض على سبيل المضاربة فقال له: بع هذا على أن يكون الربح الذي تكسبه مثالثة بيننا، وباع وخسر فلا تكون المضاربة صحيحة ويأخذ عمرو أجر المثل بلا زيادة على الشروط (تكملة رد المحتار عن التنقيح). أنظر شرح المادة (٥٧٨)

كذلك إذا قال: اقبض كذا درهماً الدين الذي لي في ذمة فلان واستعمله في طريق المضاربة وقبل الآخر وقبض كل الدين وعمل فيه بعد ذلك فتكون المضاربة صحيحة ولكن هذه المعاملة مكروهة وذلك لأن رب المال قد شرط المنفعة لنفسه قبل العقد أي منفعة القبض (البحر)

وكون هذه المعاملة صحيحة هو أن المضاربة قد أضيفت إلى زمان قبض الدين ولأن الدين في هذا الزمان قد كان عيناً (البحر ومجمع الأنهر). وان قال اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة يقبض الكل ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن ولو قال ضمن ولو عمل به لا يضمن وكذا بالواو لأن ثم للترتيب فلا يكون مأذوناً بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو (رد المحتار)

ويستفاد من قول المجلة «فلان» أنه لا يكون الدين الذي في ذمة المضارب رأس مال للمضاربة وذلك لو قال رب المال للمضارب: اعمل بكذا درهماً الذي في ذمتك مضاربة، وعمل المضارب لا يصح حتى أنه لو اشترى المضارب بناء على هذا بعض أموال كانت له ويبقى الدين الذي في ذمته للمضارب على حاله (البحر والدرر)

المادة (١٤١٠) - (يشترط تسليم رأس المال إلى المضارب)

أي يشترط ابتداء وبقاء تسليم رأس المال إلى المضارب بحيث لا يبقى لرب المال يد عليه مطلقاً، لأن رأس المال أمانة في يد المضارب ولا تتم الأمانة إلا بالتسليم، كما أنه لما كانت المضاربة كما ذكر في المادة (١٤٠٤) مالاً من طرف وعملاً من الطرف الآخر وجب تسليم المال إلى العامل حتى يقتدر على التصرف والعمل فيه، أما الشركة فليست كذلك لأن العمل في الشركة من الجانبين أي من جميع الشركاء، فإذا شرط تسليم رأس المال إلى حد الشركاء مستقلاً لا تنعقد الشركة (تكملة رد المحتار)

وعلى هذا فإذا أخل بشرط تسليم رأس المال إلى المضارب كانت المضاربة فاسدة، وذلك إذ شرط عمل رب المال مع المضارب فبما أن هذا الشرط يمنع من تسليم رأس المال إلى المضارب فهو يفسد المضاربة (الدرر) سواء كان رب المال عاقلاً أو غير عاقل كاعطاء الأب والوصي مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير فيه

وقيد «برب المال» لأن العاقد لو لم يكن رب مال فإن كان أهلاً لأن يكون مضارباً في ذلك المال كالأب والوصي يجوز شرط العمل عليه وإن يكن أهلاً فلا يجوز (تكملة رد المحتار)

كذلك لو شرط عند العقد عمل شريك رب المال مفاوضة أو عناناً مع المضارب تفسد المضاربة أيضاً (رد المحتار) والمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد (مجمع الأنهر) وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربة أو عمل رب المال مع المضارب الثاني (رد المحتار)

أما إذا لم يشرط عمل رب المال مع المضارب وسلم رب المال رأس المال إلى المضارب ليبيع ويشتري وسلم برضائه رأس المال أو بعضه لرب المال جاز (الولوالجية وتكملة رد المحتار) ويكون عمل رب المال كعمل المضارب ويكون رب المال معيناً للمضارب في إقامة العمل ويكون رأس المال في يد رب المال على سبيل البضاعة لأن شرط تسليم رأس المال إلى المضارب قد تحقق والإيضاع توكيل من المضارب وكما أن للمضارب وكما أن للمضارب حقاً بالاستعانة بالأجنبي فله الحق بالاستعانة برب المال الذي هو أشفق على ماله من الأجنبي بطريق الأولى. (تكملة). والمقصود من

البضاعة هنا الاستعانة وليست البضاعة الحقيقية لأنه لا يوجد في هذه المعاملة معنى البضاعة الحقيقية (البحر)

والحكم على الوجه المشروح فيما إذا سلم جميع رأس المال إلى رب المال أو سلم إليه بعضه ولكن يجب في هذا الحال أن يكون رب المال قد سلم رأس المال إلى المضارب ثم سلم المال لرب المال، أما إذا أعطى المضارب رأس المال قبل القبض بصورة البضاعة فلا يجوز أي تكون المعاملة الثانية فاسدة وتبقى المضاربة الأولى على حالها حيث يشترط تسليم رأس المال إلى المضارب لأن المضاربة تنعقد شركة على رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا، ولو جازت المضاربة الثانية لأدت إلى قلب الموضوع وإذا لم تصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل الأولى (الدر المختار)

وتسليم رأس المال كما أنه شرط ابتداء فهو شرط بقاء أيضاً، فلذلك إذا أخذ رب المال مال المضاربة بلا اذن المضارب وباع واشترى بطلت المضاربة، هذا إذا كان رأس المال نقداً إذ أن رب المال في هذه الصورة يكون عاملاً لنفسه ولا يكون معيناً للمضارب. وإذا كان رأس المال في حالة عروض فلا يبطل لأنه ليس لرب المال في هذه الصورة نقض المضاربة صراحة. أنظر المادة (١٤٢٤) وليس له أيضاً نقضها دلالة، والحاصل أن كل تصرف جاز مستحقاً للمضارب على وجه لا يملك رب المال منعه فرب المال في ذلك يكون معيناً له سواء باشره بأمره أو بغير أمره، وكل تصرف يمكن لرب المال أن يمنع المضارب منه فرب المال في ذلك التصرف يكون عاملاً لنفسه إلا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معيناً له

وفي هذا الحال إذا باع رب المال العروض بنقد آخر واشترى عروضاً بها فللمضارب أخذ حصته في الربح من العروض الأولى وليس له أخذ حصته في الربح من العروض الثانية لأن المال لما باع العروض وحولها إلى نقد نقض المضاربة واشتراؤه بعد ذلك عروضاً يكون لنفسه، أما إذا لم يبع رب المال عروض المضاربة بنقد وباعها بعروض أخرى أو مقابل مكيل أو موزون وربح فيجب تقسيم هذا الربح بين رب المال والمضارب حسب الشرط الواقع بينهما (البحر ورد المحتار والتكملة)

المادة (١٤١١) - (يشترط في المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً كشركة العقد أيضاً وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءاً شائعاً كالنصف والثلث ولكن إذا ذكرت الشركة على الإطلاق بأن قيل مثلاً «الربح مشترك بيننا» يصرف إلى المساواة)

يشترط في المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً عند العاقدين بالإشارة إليه أثناء عقد المضاربة أوبالتسمية قطعاً للنزاع كشركة العقد أيضاً وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءاً شائعاً كالنصف أو الثلث أي بصورة لا تقطع الشركة

يذكر في هذه المادة ضمناً وصراحة خمسة شروط:

١ ـ أن تشرط الحصة من الربح للعاقدين، فلذلك إذا شرط بعض الربح للمساكين أو إلى فلان أو إلى زوجة المضارب فالشرط والمضاربة صحيحة وتعود هذه الحصة إلى رب المال. وتفصيل ذلك سيأتي في شرح المادة (١٤٥٠)

٢ ـ أن تكون الحصة المشروطة للمضارب من الربح خاصة. فلذلك إذا شرط للمضارب حصة من رأس المال أو مقدار من رأس المال ومقدار من الربح تفسد المضاربة (تكملة رد المحتار)

٣ ـ أن يكون رأس مال المضاربة معلوماً

ومعلومية رأس المال إما بالتسمية كقول رب المال: قد أعطيتك هذه المائة دينار مضاربة، أو بالإشارة كأن يشير رب المال إلى الدنانير التي في يده قائلاً: قد أعطيتك هذه الدنانير بطريق المضاربة. (مجمع الأنهر والدرر). وإذا اختلف رب المال والمضارب مؤخراً حين تقسيم الربح في مقدار رأس المال أو في صفته فالقول مع اليمين للمضارب والبينة على رب المال

مثال على الاختلاف في المقدار: إذا وجد في يد المضارب مائتا دينار وقال المضارب لرب المال: قد أعطيتني مائة دينار رأس مال وربحت مائة دينار، وقال رب المال قد أعطيتك مائتي دينار رأس مال، واختلفا، فالقول للمضارب لأنه لما كان الاختلاف في مقدار المقبوض فالقول للقابض ولو كان القابض ضميناً، كما أن له القول فيها إذا أنكر أصل القبض.

مثال على الاختلاف في الصفة: إذا قال رب المال قد أعطيتك عشرة آلاف درهم فضة، وقال المضارب: قد أعطيتني عشرة آلاف درهم ذهباً، واختلفا، فالقول مع اليمين للمضارب لأن المضارب منكر والبينة على رب المال لأنه مدع (تكملة رد المحتار):

وإذا اختلفا في رأس المال مع الاختلاف في مقدار الربح فالقول في مقدار الربح فقط لرب المال لأن الاستحقاق للربح إنما هو للشرط والشرط يستفاد من جهة المال وتقبل البينة على زيادة الربح من أيهما، وإذا أقام كلاهما البينة فالبينة على الإدعاء بزيادة رأس المال لرب المال وعلى الادعاء بزيادة الربح على المضارب (مجمع الأنهر ورد المحتار). (أنظر المادة (١٧٦٢)

٤ ـ أن يكون الربح جزءاً شائعاً سواء كان قليلاً أو كثيراً لأن الشركة انما تتحقق بذلك، فعليه لو شرط مقدار معين من الربح لرب المال أو للمضارب فبما أنه تنقطع بذلك الشركة في الربح تبطل المضاربة ويكون الربح لرب المال (مجمع الأنهر) مثلاً لو شرط اعطاء عشرة دراهم في أول الأمر لرب المال من الربح وأن يقسم الباقي مناصفة تفسد المضاربة (الولوالجية). كذلك لو شرط للمضارب خمسون درهماً من الربح وأن يعطى باقي الربح لرب المال تفسد المضاربة

٥ ـ أن يكون الربح معيناً أي أن تكون حصة المضارب ورب المال من الربح معلومة وقت العقد لأن المعقود عليه في المضاربة الربح وجهالة الربح أي المعقود عليه توجب فساد العقد (الدرر) فلو ردد في الربح بأن قال أحدهما للآخر: ليكن ثلث الربح أو ربعه أو نصفه لك وعقدت المضاربة على ذلك فتكون فاسدة (الدرر)

وقد ذكر في شرح المادة (١٤٨٠) أن كل شرط يؤدي إلى جهالة في الربح يوجب فساد المضاربة، كاعطاء المضارب المال أراضي معلومة ليزرعها سنة واحدة أو أن يعطيه داره للسكنى سنة واحدة لأنه جعل بعض الربح عوضاً عن عمل والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار

وكل شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح فهو باطل والمضاربة صحيحة كشرط الضرر والخسار على المضارب أو كشرطه على المضارب وعلى رب المال (البحر ومجمع الأنهر). لأن الخسران هو عبارة عن تلف مال من رأس المال فشرط ذلك على رب المال غير صحيح، ولكن بما أن هذا الشرط لا يؤدي إلى قطع الشركة في الربح فلا تفسد المضاربة بالشرط الفاسد (الدرر)

ولا توجد منافاة بين شرط معلومية رأس المال الوارد في هذه المادة بين المادة (١٤٠٩) التي تجوز اعطاء العروض بيعها واتخاذها رأس مال لأن الثمن الذي جعل رأس مال يعلم عند القبض وهذه المعلومية كافية ولا تضر جهالتها عند العقد (الدرر)

ولكن إذا ذكرت الشركة على الإطلاق بأن قيل مثلاً الربح مشترك بيننا يصرف إلى المساواة ولا يقال في هذه الصورة إن المضاربة فاسدة لجهالة الربح لأن لفظ «بين» يدل على التنصيف والتشريك (الولواجية)

المادة (١٤١٢) ـ (إذا فقد شرط من الشروط المذكورة آنفاً بأن لم تعين مثلاً حصة العاقدين جزءاً شائعاً بل قطعت وعينت على أن يعطى أحدهما كذا درهماً من الربح تفسد المضاربة)

إذا فقد لا أقل من شرط من شروط المضاربة المذكورة آنفاً تفسد المضاربة
القواعد الأربع في فساد المضاربة وعدم فسادها:
يضبط فساد المضاربة بأربع قواعد:

القاعدة الأولى ـ كل شرط يستلزم الجهالة في الربح تفسد به المضاربة كشرط الربح ترديداً للمضارب كشرط النصف أو الثلث. أنظر المادة (١٤١١)

القاعدة الثانية ـ كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح تفسد به المضاربة. أنظر المادة (١٤١١)

القاعدة الثالثة ـ كل مضاربة يشرط فيها العمل أو بعضه على رب المال فالمضاربة فاسدة. أنظر شرح المادة (١٤١٠)

القاعدة الرابعة ـ كل شرط لا يوجب الجهالة في الربح أو قطع الشركة ولم يشرط فيه العمل على رب المال يبطل الشرط وتصح المضاربة. (الدرر ورد المحتار). أنظر شرح المادة (١٤٠٨)

مسائل متفرعة عن هذه المادة:

١ - إذا لم تعين مثلاً حصة العاقدين جزءاً شائعاً خلافاً للمادة (١٤١١) بل قطعت وعينت على أن يعطى أحدهما كذا درهماً من الربح تفسد المضاربة، لأنه يحتمل في هذا الحال أن لا يحصل ربح أكثر من المقدار المعين وانقطاع الشركة كذلك (مجمع الأنهر والدر المنتقى)

ويوجد فسادان في هذا المثال:

الأول - عدم كون الربح جزءاً شائعاً

الثاني - لو كان الربح جزءاً شائعاً فهو غير معين كبيان الربح ترديداً

وهذا الشرطان مفسدان للمضاربة وقد بين ذلك في شرح المادة الآنفة

٢ - وقد بين في شرح المادة (١٤١٠) ان المضاربة تفسد بكل شرط يخل بتسليم رأس المال إلى المال المضارب

الاختلاف في صحة المضاربة وفسادها:

إذا اختلف في صحة المضاربة أو فسادها فالقول لمدعي الصحة سواء كان المدعي رب المال أو المضارب لأن القول في العقود لمدعي الصحة لأن الأصل صحة العقود إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فساده لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب (الخانية والدر المختار وتكملة رد المحتار وفيها تفصيل)

الفصل الثالث

(في بيان أحكام المضاربة)

للمضاربة أحكام سبعة بأنظار مختلفة:

١ - كون المضارب أميناً بموجب المادة (١٤١٣)

٢ - كون المضارب وكيلاً لرب المال إذا تصرف في مال المضاربة

٣ - كون المضارب شريكاً لرب المال عند حصول الربح. أنظر المادة (١٣١٤)

٤ - كون المضارب غاصباً إذا خالف شرط رب المال. أنظر المادة (١٤٢١)

٥ - كون المضارب مستقرضاً حكماً إذا شرط كل الربح للمضارب لأن الربح إنما ينشأ عن كون المال ملكاً للمضارب والربح هو فرع للمال، وعليه فالشرط يوجب اقتضاء تمليك رأس المال المضارب. أنظر شرح المادة (١٤٠٤)

٦ - إذا شرط كل الربح لرب المال فيكون المضارب مستبضعاً حكماً لأنه يكون عاملاً لرب المال بلا بدل والعمل لا يتقوّم بالتسمية فلذلك يكون المضارب وكيلاً متبرعاً. أنظر المادة (١٣٥١) وشرحها

٧ - كون المضارب في المضاربة الفاسدة أجيراً حكماً وعقد المضاربة إجارة فاسدة، لأن

المضارب عامل لرب المال وحصة الربح التي شرطت له كأجرة عمله فإذا فسدت المضاربة يظهر معنى الأجارة ولا يأخذ المضارب ربحاً لأن الربح يستحق في المضاربة الصحيحة.

المادة (١٤١٣) - (المضارب أمين ورأس المال في يده في حكم الوديعة، ومن جهة تصرفه في رأس المال وكيل لرب المال، وإذا ربح يكون شريكاً فيه).

المضارب أمين إذا لم يخالف ورأس المال أي إن رأس مال رب المال في يده في حكم الوديعة في بعض الأحكام لأنه قد قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة وعليه فهو قبل التصرف إيداعٌ ابتداء (الدر المنتقى ومجمع الأنهر). سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة. أنظر شرح عنوان الفصل الثاني. وفي هذه الصورة لو تلف رأس المال في المضاربة الفاسدة في يد المضارب بلا تعدٍّ ولا تقصير فلا يلزم ضمان، لأن المضارب أمين فلا يضمن (مجمع الأنهر). أنظر المادة (٧٧٧) ولو قال المضارب لرب المال دفعت إليك رأس المال والذي في يدي ربح ثم قال: لم أدفع ولكنه هلك فهو ضامن (تكملة رد المحتار)

ولكن كون رأس المال في حكم الوديعة في يد المضارب هو في بعض الأحكام كعدم وجود الضمان بالهلاك وليس في كل حكم فقد ذكر في المادة (٧٩٠) من المجلة أن ليس للمودع أن يودع الوديعة لآخر ولكن للمضارب أن يودع رأس مال المضاربة لآخر. أنظر المادة الآتية (رد المحتار)

توجد حيلتان في جعل المضارب ضميناً:

الحيلة الأولى لأن يكون رأس المال مضموناً على المضارب - إذا رغب رب المال أن يكون مال المضاربة ديناً على المضارب وأن يكون له حصة في الربح فيقرض رأس المال للمضارب ويسلمه إياه وبعد الإشهاد على ذلك يأخذ منه بطريق المضاربة ثم يودعه للمضارب بعد ذلك ثم يعمل المضارب فيه وفي هذه الصورة إذا عمل المضارب وربح فيكون الربح بينهما مشتركاً على الوجه المشروط ويكون لرب المال حق في أخذ النقود التي أقرضها، كما أنه لو تلف رأس المال فيكون قد تلف مضموناً على العامل المستقرض (مجمع الأنهر والطحطاوي وواقعات المفتين)

الحيلة الثانية - يقرض رب المال القسم الأعظم من رأس المال للمضارب ويسلمه إياه ثم أن المضارب يتخذ المبلغ الذي استقرضه مع المبلغ الذي بقي في يد رب المال رأس مال للشركة ويعقد معه شركة عنان ثم يعمل المستقرض ويكون المبلغ المقرض إلى المضارب ديناً في ذمته لرب المال وفي حالة تلفه يكون مضموناً عليه وهذه المعاملة تخرج المضاربة عن كونها مضاربة وتجعلها شركة عنان (الدر المختار والطحطاوي)

قد ذكر في المادة «١٤١١» أن المضارب مع كونه أميناً إلا أنه يكون غاصباً إذا خالف «البحر»

ومن وجهة تصرفه في رأس المال بأمر من رب المال هو وكيل لرب المال لأن المضارب يتصرف

في ذلك المال بأمر من رب المال وللمضارب الرجوع على رب المال بما يلحقه من عهدة البيع كوكيله. مثلاً لو استحق من يد المشتري المال المبيع من المضارب ورجع المشتري على المضارب بالثمن فإذا لم يكن في يد المضارب شيء من مال المضاربة وأعطى ذلك من ماله فللمضارب الرجوع بعد ذلك على رب المال «رد المحتار ومجمع الأنهر»

ولكن لا يرد السؤال الآتي: وهو أن هذه الوكالة غير جائزة لأنها وكالة بالمجهول لأن هذه الوكالة ضمنية؟ أنظر شرح المادة (الـ ١٣٣٣) (تكملة رد المحتار)

ولكن تفترق عن الوكيل في المسألة الآتية: وذلك لو أعطى الموكل الثمن للوكيل بالشراء واشترى لوكيل المال الذي أمر بشرائه وتلف الثمن في يده فليس له طلب الثمن من الموكل بل يلزمه دفع الثمن من ماله. أما إذا اشترى المضارب مالاً للمضاربة وتلف النقد الذي في يده فله الرجوع على رب المال بالثمن مرة ثانية، كما أنه لو تلف الثمن مرة ثانية فله الرجوع مرة ثالثة، وكذا رابعة وهلم جرا، ويكون رأس المال جميع ما دفع فلا يظهر الربح إلا استيفاء المالك الكل، وسبب الفرق هو أنه في شراء الوكيل يقتضي أن يكون الوكيل مديناً للبائع بثمن المبيع وأن يكون الموكل مديناً للوكيل فإذا راجع الوكيل موكله بعد الشراء فيكون قد قبض دينه ويكون ما أخذه ماله وخساره راجع عليه، أما إذا رجع المضارب على رب المال فما يقبضه منه يكون أمانة في يده فإذا تلف فله تكرار الرجوع (البحر). وبيانه أن المال في يد المضارب أمانة وقبض الوكيل ثانياً استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإذا صار مستوفياً له صار مضموناً عليه فيهلك عليه بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعاً إليه إلا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلاً لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك رجع مرة فقط (رد المحتار)

إذا اشترى المضارب مالاً فأراد إمساكه لزيادة الربح والكسب وأراد رب المال بيعه فليس للمضارب امساك ذلك المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن ما لم يعط المضارب لرب المال رأس المال إذا لم يكن ربح واعطاء رأس المال والربح إذا كان فيه ربح ففي تلك الحالة له حق الإمساك وإذا امتنع المضارب عن بيع مال المضاربة ينظر: فإذا كان في المال ربح فيجبر على البيع ما لم يؤد المضارب لرب المال رأس المال وحصة رب المال من الربح وإذا لم يكن في المال ربح فلا يجبر على البيع ولكنه يؤدي لرب المال مقابل رأس ماله (رد المحتار)

وإذا ربح المضارب يكون شريكاً لرب المال في الربح بموجب الشرط فإذا كانت المضاربة صحيحة فبما أن الربح حاصل من المال والعمل معاً والمال لرب المال والعمل للمضارب فيشترك رب المال والعامل في الربح إذ أن المقصود من عقد المضاربة هو الاشتراك في هذا الربح (مجمع الأنهر) أما إذا كانت المضاربة فاسدة فيصبح المضارب أجيراً وفي هذا الحال فيعود كل الربح لرب المال ويأخذ المضارب أجر مثله كما يبين في المادة (١٤٢٦) . (البحر) وإذا خالف المضارب أمر رب المال يكون غاصباً ويعود الربح عليه لأن هذه المخالفة هي تصرف في مال الغير بلا اذن وهي

غصب حتى أنه لو أجاز رب المال هذا التصرف فلا حكم لتلك الإجازة (رد المحتار والتكملة). أنظر المادة (١٤٢١) . وإذا كانت المضاربة فاسدة تكون إجازة فاسدة وللمضارب أخذ أجر مثل عمله بشرط أن لا يزيد على الحصة المشروطة (الدر المختار)

الاختلاف في الربح: إذا كان في يد المضارب ماتتا دينار فقال لرب المال: قد أعطيتني مائة دينار رأس مال وربحت مائة دينار، وقال رب المال قد أعطيتك مائتي دينار رأس مال، فالقول للمضارب لأن القول للقابض في مقدار المقبوض سواء كان القابض ضميناً أو أميناً كما أن القول للقابض إذ أنكر أصل القبض

وإذا اختلف في رأس المال وفي مقدار الربح أيضاً فالقول في مقدار الربح لرب المال لأن مقدار الربح مستفاد من رب المال وذلك لو قال رب المال: إن رأس المال ألف درهم، وقد شرط للمضارب ثلث الربح. وقال المضارب: إن رأس المال ألف درهم، وأنه شرط نصف الربح لي فأيها يقيم البينة تقبل منه، وإذا أقام كلاهما البينة فترجح بينة رب المال في دعوى زيادة رأس المال وبينة المضارب في زيادة الربح «التنوير والدر المختار ورد المحتار» أنظر شرح المادة «الـ ١٤١١»

المادة (١٤١٤) - (يكون المضارب في المضاربة المطلقة مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والأشياء التي تتفرع عنها بمجرد عقد المضاربة، فلذلك له أولاً: شراء المال لأجل بيعه والربح منه، لكن إذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش يكون اشتراه لنفسه ولا يدخل في حساب المضاربة، ثانياً: له البيع سواء كان بالنقد أو بالنسيئة بثمن قليل أو كثير لكن له الإمهال للدرجة الجاري العرف والعادة فيها بين التجار. ثالثاً: له قبول الحوالة بثمن المال الذي باعه. رابعاً: له توكيل شخص آخر بالبيع والشراء. خامساً: له ايداع مال المضاربة والبضاعة والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار. سادساً: له السفر إلى بلدة أخرى لأجل البيع والشراء)

تنقسم تصرفات المضارب إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول - التصرفات التي هي من لوازم وتوابع المضاربة وهي التصرفات المعتادة بين التجار (البحر). فيقتدر المضارب على هذه التصرفات بمجرد عقد المضاربة أي يكون المضارب في المضاربة المطلقة مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والأشياء التي تتفرع عنها كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاستئجار والإيداع والإيضاع بمجرد عقد المضاربة بدون حاجة إلى اذن صريح أو تفويض في أمور المضاربة بقول رب المال للمضارب: اعمل برأيك، لأن جميع هذه التصرفات هي من التصرفات التي يجريها التجار في أمور تجارتهم «مجمع الأنهر» أنظر المادتين (٤٣ و ٤٤)

فلذلك له أولاً: شراء المال بعقد صحيح فاسد لأجل بيعه والربح منه لأن قبض المبيع في البيع الفاسد يفيد الملك ويحصل بعقد المفاوضة الربح وهو من عادات التجار «تكملة رد المحتار»

وكما للمضارب الشراء من أجنبي فله الشراء من رب المال أيضاً لأن ما شراه لا يملك فيه العين ولا التصرف وهو وإن شراه للمالك لكونه وكيلاً عنه لكن في شرائه فائدة وهو حصول الربح له وفيه فائدة للمالك أيضاً لأنه ربما يعجز عن بيعه بنفسه «التكملة» وإذا كان رأس المال فضة واشتراه بذهب فيكون هذا المال للمضاربة لأن الذهب والفضة في ذلك يعدان جنساً واحداً. أما إذا اشتراه بغير النقود أي بطريق المقايضة فلا يكون المال للمضاربة ويبقى للمضارب «الولوالجية والبحر» أنظر مادة «١٤٨٣». وإذا كان المضارب اثنين فليس لأحدهما الشراء ويجب أن يكون الشراء من كليهما «البحر» أنظر المادة «١٤٦٥». ولو قال لهما رب المال: اعملا برأيكما فلذلك إذا اشترى أحدهما دون اذن الآخر فيضمن نصف المال ويكون الربح والضرر عائداً عليه والحكم في البيع أيضاً على هذا الوجه «الولواجية»

وإذا اشترى المضارب مالاً أثناء وجود مال للمضاربة في يده وتلف مال المضاربة قبل ايفاء الثمن فيلزم رب المال أداء الثمن المذكور، وإذا تلف هذا الثمن أيضاً قبل التسليم أي قبل أن يسلم من المضارب للبائع فيلزم رب المال ايفاؤه ثانياً، وعلى ذلك يتكرر لزوم التسليم على رب المال حتى وصول ثمن المبيع للبائع. أنظر شرح المادة «١٣١٣». «مجمع الأنهر»

لكن إذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش يكون اشتراه لنفسه. أنظر المادة «١٤٨٢» ولا يدخل في حساب المضاربة سواء فوض رب المال أمور المضاربة للمضارب بقوله: اعمل برأيك، أو لم يفوضه «الهندية». وإذا حصل خلط على هذا الوجه فلا يلزم المضارب ضمان «رد المحتار» أنظر شرح المادة «١٤١٦»

ثانياً: له البيع سواء بالنقد بالنسيئة إلى أجل متعارف لأن البيع بالنسيئة من صنيع التجار أي من عاداتهم كما أنه يؤدي إلى الحصول على الربح الذي يقصده رب المال إذ أنه لا يحصل الربح في الأكثر ما لم يبع المال نسيئة. أنظر المادتين (٤٣ و٤٤) لأن البيع نسيئة يكون بثمن أعلى من البيع نقداً (مجمع الأنهر). ولكن إذا أمره رب المال بالبيع نقداً فليس له البيع بالنسيئة (تكملة رد المحتار)

ويستفاد من تعبير «النقد» أنه إذا اشترى بأموال غير النقد كالشراء مقايضة مثلاً فيكون الشراء لنفسه. أما إذا اشترى بالنقد فيكون للمضاربة، ولو اشترى بفضة وكان رأس المال ذهباً أو بالعكس لأن الذهب والفضة في هذا الباب جنس واحد «رد المحتار»

بثمن قليل أو كثير بيعاً صحيحاً أو فاسداً بغبن فاحش يقل عن قيمته الحقيقية أو بثمن مساوٍ لقيمته الحقيقية أو أزيد منها. أنظر المادة «الـ ١٤٩٤» وهذه الفقرة على مذهب الإمام الأعظم أما عند الإمامين له البيع بغبن فاحش (البحر)

وكما أن له البيع لأجنبي له البيع أيضاً لرب المال، لأن رب المال وإن كان صاحباً للمال إلا

أنه بعد أن أصبح مال المضاربة عروضاً فليس له التصرف به كما أن صحة التصرف في المضاربة مستندة إلى حصول الربح ويحصل الربح في هذا الحال (التكملة) وإذا اختلف رب المال والمضارب في البيع نقداً أو نسيئة فالقول للمضارب مع أن القول في الوكالة للموكل (تكملة رد المحتار)

لكن له الإمهال للدرجة الجاري العرف والعادة فيها بين التجار كسنة أو ما دونها. أنظر مادة (٣٦) كما أن له تأجيل ثمن المال الذي باعه نقداً للمدة المعتادة ويجوز هذا التأجيل على رب المال أيضاً فلا يضمن المضارب مع أن الحكم في الوكيل الخاص هو خلاف ذلك (البحر ومجمع الأنهر)

وإلا فليس له بيع الأموال إلى مدة طويلة لم تعرف بين التجار كعشرين سنة. أنظر المادة (١٤٧٨)

ثالثاً ـ له قبول الحوالة على الأيسر والأعسر بثمن المال الذي باعه (البحر) لأن قبول الحوالة على هذا الوجه من عادات التجار أنظر المادة (٣٦)

رابعاً ـ له توكيل شخص آخر بالبيع والشراء والقبض والخصومة مع أنه ليس للوكيل الخاص أي الوكيل بالبيع والشراء توكيل الآخر كما هو مذكور في المادة (١٤٦٦)، ولذلك يفترق المضارب والوكيل الخاص في هذا، وسبب الإفتراق هو أن هذه المعاملة من عادات التجار. أنظر المادة (٣٦)

والأصل في التوكيل هو كل تجارة يباشرها المضارب تصح في حق رب المال، فإذا وكل المضارب أحداً في تلك التجارة على رب المال

الوكالة بالقبض، إذا وكل المضارب أحداً بقبض مال المضاربة من رب المال أو بأداء أو تسليم شيء لرب المال جاز

التوكيل بالخصومة، إذا وكل المضارب في الخصومة بالدين الثابت من عمل المضاربة أو معاملاتها صح (الهندية)

خامساً ـ له إيداع مال المضاربة وايضاعه لرب المال وللأجنبي وله الرهن والإرتهان والإيجار والاستئجار للمضاربة لأن الإيداع والإيضاع هما ما دون المضاربة وليس مثلها وكل عقد يتضمن ما دونه، فلذلك إذا أبضع المضارب مال المضاربة لرب المال لا تفسد المضاربة. أنظر شرح المادة (١٤١٠) لأن التصرف في مال المضاربة صار حقاً للمضارب ويصلح أن يكون رب المال وكيلاً عنه في التصرف فيه (مجمع الأنهر)

الاستئجار، أي أن له استئجار الأجير والسفن والحيوانات للعمل واستئجار المنازل لحفظ مال المضاربة كما أن له استئجار الأراضي للزراعة وله اشتراء البذور وزرعها فيها، كان هذا في عرفهم وفي عرفنا ليس من صنيعهم أن لا يملكه (تكملة رد المحتار)

وتعبير «الاستئجار» للاحتراز من المساقاة لأنه ليس للمضارب أخذ الأشجار بطريق المساقاة

حتى لو قيل له: اعمل برأيك (البحر)

سادساً ـ له السفر إلى بلدة أخرى لأجل البيع والشراء ولو كان رب المال سلم المضارب رأس المال في بلدته (رد المحتار) أي أن للمضارب السفر بمال المضاربة براً وبحراً لأن المضاربة مشتقة من ضرب في الأرض وعليه فلفظ المضاربة يدل على ذلك المضارب ويملك المضارب ذلك بمطلق العقد، ولكن ليس له السفر المخيف الذي يجتنبه الناس، وأنه إذا عين رب المال بلدته فليس له السفر إلى محل آخر، كما أنه إذا خصص رب المال بلدة أخرى فيلزم بالذهاب إلى البلدة المذكورة وليس له العمل في بلدة خلافها (تكملة رد المحتار)

سابعاً ـ له الحط اليسير من ثمن المبيع من أجل العيب ولو كان ذلك أزيد من حصته أما إذا كان الحط الواقع غير يسير بل كان فاحشاً فيصح هذا الحط أيضاً ولكن يضمنه المضارب لرب المال (البحر)

القسم الثاني ـ وهي التصرفات التي لم يكن المضارب مأذوناً بعملها بمجرد المضاربة بل تتوقف على التفويض بقول رب المال للمضارب: اعمل برأيك، كالمضاربة والشركة وخلط مال المضاربة بماله أو بمال الغير (البحر) والمذكور في المادة (١٤١٦) هو هذا القسم

القسم الثالث ـ وهي التصرفات التي لم يكن المضارب مأذوناً بها بمجرد عقد المضاربة أو بتفويض رب المال له بقوله: اعمل برأيك، بل متوقفة على اذن صريح من رب المال وهي من الأشياء التي لم تكن من باب المضاربة أو ملحقة بالمضاربة. مثلاً لو أخذ المضارب نخيلاً مساقاة ولحقه وصرف عليه من مال المضاربة فهو غير جائز، ولو قال له رب المال: اعمل برأيك، ولا يعد ذلك من المضاربة (رد المحتار) وكالاستدانة والإقراض والهبة والصدقة (البحر ورد المحتار)

وهذا القسم قد ذكر في الفقرة الأخيرة من المادة (١٤١٦)

المادة (١٤١٥) ـ (لا يكون المضارب في المضاربة مأذوناً بمجرد عقد المضاربة بخلط مال المضاربة بماله ولا باعطائه مضاربة، لكن إذا كان في بلدة من العادة فيها أن المضاربين يخلطون مال المضاربة بمالهم فيكون المضارب مأذوناً بذلك في المضاربة المطلقة أيضاً)

لا يكون المضارب في المضاربة المطلقة أي الغير المقيدة بزمان أو مكان أو نوع أو شخص مأذوناً بمجرد عقد المضاربة بخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره ولا باعطائه إلى آخر مضاربة أو بعقد الشركة مع آخر (رد المحتار)

لم يجز الخلط لأنه فوق المضاربة التي فوضت للمضارب لأن المضاربة هي لإثبات الشركة في الربح الذي هو فرع، أما الخلط فهو اثبات للشركة في رأس المال الذي هو أصل. أنظر المادة-

(١٠٦٠) فلذلك ليس للمضارب أن يحدث شركة في رأس المال الذي هو فوق ما أذن وفوض به في عقد المضاربة

لم يجز للمضارب اعطاء مال المضاربة لآخر لأن الشيء لا يستلزم مثله أو أعلاه (رد المحتار)

سؤال ـ للمستعير أن يعير ويرى هنا أن الشيء استلزم مثله؟

الجواب ـ بما أن المستعير يملك منفعة المستعار فتصرفه بصورة الإعارة هو تصرف بحكم المالكية أما تصرف المضارب فليس بحكم المالكية بل بحكم الوكالة

فلذلك يجب التنصيص أو التفويض المطلق لجواز اعطاء المال مضاربة كما في المادة الآتية وكذلك ليس للوكيل الخاص توكيل الآخر ما لم يقل له الأصيل: اعمل برأيك (مجمع الأنهر)

إذا أعطى المضارب مال المضاربة لآخر مضاربة بدون إذن رب المال فلا يلزم المضارب الأول ضمان بتسليم المال للمضارب الثاني وبتلف المال في يده ما لم يقم المضارب الثاني بعمل يدخل تحت المضاربة كاشتراء مال لأن هذه المعاملة كالإيداع وللمضارب الإيداع كما أنه لو غصب المال من المضارب الثاني فيجب الضمان على الغاصب فقط، وكذلك لو استهلك المضارب الثاني أو عمل عملاً غير داخل تحت المضاربة كهبته لآخر وتسليمه فيجب الضمان عليه أي المضارب الثاني فقط «البحر وتكملة رد المحتار»

أما إذا عمل المضارب الثاني فيها بعمل داخل في أعمال المضاربة فيجب الضمان على المضارب الأول سواء حصل ربح أو لم يحصل لأن الربح إنما يحصل بالعمل وبصيرورة المال مضموناً قد أقيم سبب حصول الربح مقام حقيقة حصول الربح، ولكن وجوب الضمان على المضارب الأول في ذلك إنما يكون في حالة كون المضاربة الثانية صحيحة فلذلك إذا كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا يلزم المضارب الأول ضمان حتى لو عمل المضارب الثاني، وكذلك الحكم على هذا الوجه فيما إذا كانت المضاربة الأولى فاسدة لأنه في هذه الصورة يكون المضارب الثاني أجيراً وبما أن الأجير لا يستحق الربح فلا تثبت المضاربة وله أجر على المضارب الأول ويرجع به على رب المال فيكون الربح بين الأول ورب المال على ما شرطه له «مجمع الأنهر». يعني والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت الأولى صحيحة وإلا فللأول أجر مثله أيضاً والربح كله لرب المال «تكملة رد المحتار»

وإذا لزم ضمان بعمل المضارب الثاني في المال كما وضح آنفاً فيكون رب المال مخيراً إن شاء ضمن رأس ماله للمضارب الأول لأن المضارب الأول قد تعدى على ذلك المال حيث قد أعطى ذلك المال لآخر بدون اذن صاحبه، وإن شاء ضمنه للمضارب الثاني لأن المضارب الثاني قد قبض ذلك المال دون المال وليس لرب المال أن يضمن المضارب الثاني وأن يطلب الربح منه لأنه بالعمل في مال المضاربة يكون المال مغصوباً وحق رب المال هو في تضمين البدل فقط وليس له حق في الربح

سؤال ـ إذا أودع المستودع الوديعة لآخر وتلفت الوديعة في يد المستودع الثاني فالضمان يلزم المستودع الأول ولا يلزم المستودع الثاني عند الإمام كما بين في شرح المادة (٧٩٠) أما هنا فقد ثبت الخيار لرب المال عند الإمام فما الفرق؟

الجواب ـ ليس للمستودع الثاني نفع في قبض الوديعة بل قبضت الوديعة لنفع المستودع الأول أما هنا فقد قبض المضارب الثاني المال لمنفعته وعمل به فلزمه الضمان (الجوهرة) ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول اعمل برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلاثة ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث «رد المحتار»

وفي هذا الحال إذا ضمن رب المال فتكون المضاربة المنعقدة بين المضارب الأول والمضارب الثاني صحيحة لأن المضارب الأول بضمانة المال يملكه بطريق الاستناد اعتباراً من وقت حصول المخالفة فيكون كأنه قد أعطى ماله مضاربة وفي هذا الحال يقسم الربح بينهما على الوجه المشروط (وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ما شرطا ويطيب للثاني ما ربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث في العمل ولا يطيب للأول لأنه يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث) «مجمع الأنهر» وإذا ضمن رب المال المضارب الثاني فللمضارب الثاني الرجوع على المضارب الأول بما ضمنه لأن المضارب الثاني كان عاملاً للمضارب الأول وقد غرر المضارب الثاني ضمن العقد

قد بين في هذه المادة عدم جواز خلط المضارب رأس مال المضاربة بماله أو بمال أجنبي، ولكن إذا خلط المضارب مال المضاربة الذي أعطي له بعقد مضاربة برأس مال مضاربة آخر سلّم له من رب المال فحكم ذلك على الوجه الآتي: وذلك لو أعطى رب المال للمضارب عشرة دنانير بطريق المضاربة ثم أعطاه ثانياً بعقد آخر عشرة دنانير مضاربة وخلط المضارب رأسي المال هذين ففي ذلك أوجه ثلاثة:

الوجه الأول ـ أن يكون رب المال قد قال للمضارب في العقدين: اعمل برأيك، ففي هذه الصورة لا يتوجب على المضارب ضمان مطلقاً سواء حصل هذا الخلط بعد حصول الربح في رأسي المال أو قبل ذلك

الوجه الثاني ـ أن لا يقال شيء من ذلك في العقدين. وفي هذا الحال إذا وقع الخلط قبل حصول الربح في المالين فلا يلزم المضارب ضمان في أيهما، وإذا وقع الخلط بعد حصول الربح في رأسي المال فيضمن المضارب رأسي المال كما يضمن مقدار حصة رب المال من الربح الذي حصل قبل الخلط، وإذا حصل الخلط بعد ظهور الربح في أحد رأسي المال فيضمن المضارب رأس المال الذي لم يظهر ربحه فقط

الوجه الثالث ـ أن يقال في أحد العقدين: اعمل برأيك، وأن لا يقال ذلك في العقد الثاني (رد المحتار) وفي هذا الحال أربع صور:

١ ـ أن يكون الخلط قبل ظهور الربح في المضاربتين
٢ ـ أن يكون الخلط بعد ظهور الربح في المضاربتين
٣ ـ أن يكون الخلط بعد ظهور الربح في المضاربة الأولى

٤ ـ أن يكون الخلط بعد ظهور الربح في المضاربة الثانية. فإذا قيل في المضاربة الأولى اعمل برأيك ولم يقل في المضاربة الثانية ففي الصورتين الثانية والثالثة يضمن المضارب مال المضاربة الثاني وفي الصورتين الأولى والرابعة لا يضمن أي رأس مال وإذا قيل له في المضاربة الثانية اعمل برأيك ولم يقل له في المضاربة الأولى ذلك ففي الصورتين الثانية والرابعة يضمن رأس مال المضاربة الثانية وفي الصورتين الأولى والثالثة لا يضمن مال مضاربة الأولى ولا مال المضاربة الثانية (تحرير المختار على رد المحتار)

لكن إذا كان في بلدة من العادة والتعارف الغالب فيها أن المضاربين يخلطون مال المضاربة بمالهم فيكون المضارب الثاني مأذوناً بذلك في المضاربة المطلقة أيضاً بمجرد عقد المضاربة أنظر المادة (٣٦) (الهندية)

المادة (١٤١٦) ـ (إذا كان رب المال في المضاربة قد فوض إلى رأي المضارب أمور المضاربة بقوله له: اعمل برأيك يكون المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة في كل حال، ولكن لا يكون في هذه الصورة مأذوناً أيضاً بالهبة والإقراض في مال المضاربة ولا بالدخول تحت دين بأكثر من رأس المال بل يتوقف اجراء ذلك على اذن صريح من رب المال)

إذا كان رب المال في المضاربة المطلقة قد أذن للمضارب صراحة أو فوض إلى رأي المضارب أمور المضاربة بقوله له: اعمل برأيك، يكون المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة بماله وبإعطائه أيضاً مال المضاربة لآخر مضاربة في كل حال أي حتى لو لم يكن ذلك معتاداً كما ذكر في المادة الآنفة لأن الخلط على هذا الوجه وإعطاء مال المضاربة مضاربة يكون المضارب عمل برأيه وهو مأذون بذلك

وإذا أعطى المضارب مال المضاربة لآخر على الوجه المذكور في هذه المادة فيكون الشرط الواقع بين المضارب الأول وبين المضارب الثاني في حق تقسيم الربح معتبراً ويعمل بموجبه ولا يطرأ خلل ربح رب المال بسبب المقاولة الواقعة بين المضارب الأول والمضارب الثاني، وذلك إذا كان مشروطاً بين رب المال وبين المضارب الأول تقسيم الربح بينهما مناصفه وشرط المضارب الأول ثلث الربح للمضارب الثاني فيكون نصف الربح لرب المال وثلثه للمضارب الثاني والسدس الباقي للمضارب الأول لأنه قد شرط في المضاربة نصف الربح للمضارب الأول فإذا شرط المضارب الأول ثلث الربح للمضارب الثاني فيصرف هذا الثلث على حصة المضارب الأول لا يملك تنقيص حصة

رب المال. أنظر المادة (٩٦). وفي هذا الحال يبقى للمضارب الأول سدس الربح فقط ويستحق رب المال هذه الحصة من الربح بماله والمضارب الأول والثاني بالعمل ويطيب لهم لأن عمل الثاني عمل من المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر به (البحر ومجمع الأنهر)

وإذا شرط المضارب نصف الربح مثلاً للمضارب الثاني فيكون نصف الربح لرب المال ونصفه الآخر للمضارب الأول حصة من الربح لأن نصف الربح مشروط لرب المال فلا يوجد سبب لتبديله، وعليه فنصف الربح الذي شرطه المضارب الأول للمضارب الثاني يصرف في حق حصته ولا يبقى للمضارب الأول حصة من الربح

وكذلك إذا كان مشروطاً بين رب المال والمضارب الأول تقسيم الربح مناصفة وشرط المضارب الأول للمضارب الثاني ثلثي الربح فيكون نصف الربح لرب المال وللمضارب الثاني أيضاً ثلثا الربح وفي هذا الحال يضمن المضارب الأول سدس الربح للمضارب الثاني أي أنه يلزم المضارب الأول باعطاء سدس الربح من ماله لإكمال ثلثي الربح للمضارب الثاني (مجمع الأنهر) لأن المضارب الأول قد تعهد أن تكون حصة المضارب الثاني من الربح ثلثين والتزم ذلك. وتفصيل ذلك مذكور في مجمع الأنهر والبحر

كذلك لو قال رب المال للمضارب: اعمل برأيك، فللمضارب أن يصبغ مال المضاربة البز ويكون مقدار الزيادة الحاصل من الصباغ للمضارب وذلك لو كانت قيمة البز مائة درهم قبل الصبغ وقيمته بعد الصبغ مائة وعشرين درهماً فيكون خمسة أسداس الثمن المسمى للمضاربة والسدس يكون للمضارب مقابل بدل الصباغ (تكملة رد المحتار) بخلاف القصارة والحمل، وتمامه في العناية فليطالع (مجمع الأنهر)

تنبيه - لو أذن رب المال المضارب باعطاء مال المضاربة لآخر أو كان مأذوناً بذلك من رب المال بقوله له: اعمل برأيك، ثم نهاه رب المال عن ذلك فالنهي صحيح ما لم يكن بعد العمل (الأشباه)

وقد أشير شرحاً بأن للمضارب بناء على هذا التصريح أو التفويض أن يعطي رأس المال لآخر مضاربة ولكن ليس له أن يعطيه مضاربة لرب المال فإذا أعطاه فلا يطرأ خلل على المضاربة الأولى ولكن تكون المضاربة الثانية باطلة لأن المضاربة تنعقد شركة على رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع وتكون المضاربة الثانية بضاعة (تكملة رد المحتار)

وإذا قال رب المال للمضارب: اعمل برأيك فلا يكون ذلك باعثاً لأن العمل المضارب عملاً باعثاً للضرر وما يعمله التجار (البحر) أي لا يكون مأذوناً في هذه الصورة أيضاً بالهبة والرهن والإقراض في مال المضاربة ولا بالدخول تحت دين بأكثر من رأس مال المضاربة أي بالاستدانة حيث أن عمل ذلك لم يكن من صنيع التجار فلا يدخل تحت التعبير، ولنفصل الآن ذلك:

ليس له الهبة، إذا وهب المضارب مال المضاربة لآخر وتسلمه لا يصح. أنظر المادة (٨٥٧)

ليس له الإقراض، لأن القرض تبرع ابتداء وليس اعطاء لأنها قرض (رد المحتار) فإذا أقرض المضارب فلرب المال تضمين المضارب.

ليس له الرهن، إذا رهن المضارب مقداراً من مال المضاربة لآخر يضمن (البحر)

ليس له الدخول تحت دين وأخذ سفتجة، لأنه استقراض (رد المحتار) لأنه لو جوز للمضارب الاستدانة فيوجب دخول رب المال تحت الدين بأكثر من رأس المال وهو لم يرض بذلك «التكملة»

فلذلك ليس للمضارب أن يشتري متاعاً بثمن مؤجل عندما لا يكون في يده رأس مال للمضاربة فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيء (رد المحتار) فلذلك إذا كان في يد المضارب عشرة دنانير مثلاً واشترى بخمسة عشر ديناراً متاعاً فيكون ما يزيد على العشرة الدنانير ملكاً للمضارب ولا يلزم ضمان بهذا الخلط الذي وقع حكماً

وكما أنه لا يجوز الدخول تحت الدين بأزيد من رأس المال من أجل معاملة المضاربة فكذلك لا يجوز الاستقراض لإصلاح مال المضاربة فلذلك لو اشترى المضارب بجميع رأس المال أمتعة ثم استأجر أحداً لنقل الأمتعة أو تعميرها واصلاحها أو لأجل افراغها إلى شكل آخر فيكون المضارب متبرعاً وليس له الرجوع على رب المال (رد المحتار ومجمع الأنهر والتكملة)

ويفهم من تعبير المجلة «بأكثر من رأس المال» أنه من الجائز الدخول تحت دين بمقدار رأس المال وينفذ في حق المضاربة وذلك إذا كان في يد المضارب عشرة دنانير رأس مال نقداً فاشترى متاعاً بثمن مؤجل عشرة دنانير فينفذ هذا الشراء في حق المضاربة ولا يكون استقراضاً (رد المحتار) وكذا الأخذ بالشفعة لا يملكه إلا بصريح الإذن (التكملة)

ويفهم من تعبير «يتوقف على اذن صريح» أن للمضارب الاستقراض باذن صريح من رب المال ويجري في هذا الدين والمال حكم المادة (الـ ١٤١٨)

وإن استدان بالإذن كانت الشركة وجوه وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالهما على ما شرط (رد المحتار) وصورة الاستدانة أن يشتري شيئاً بالدراهم أو الدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة أو يشتري بمكيل أو موزون ورأس المال في يده دراهم أو دنانير لأنه اشترى بغير رأس المال فكأنه استدانه بخلاف ما لو اشترى بدنانير ورأس المال في يده دراهم أو بدراهم ورأس المال في يده دنانير لأن الدراهم والدنانير جنس في الثمنية فلا يكون هذا اشتراء بدين (تكملة رد المحتار)

المادة (١٤١٧) ـ (إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فيقسم الربح الحاصل على مقدار رأسي المال أي أنه يأخذ ربح رأس ماله ويقسم مال المضاربة بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه)

إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله حسب المادة الآنفة بناء على التفويض أو الاذن الصريح من رب المال فيقسم الربح الحاصل على مقدار رأسي المال أي أنه يأخذ ربح رأس ماله خاصة لأنه ربح ماله ويقسم ربح مال المضاربة بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه (التتارخانية في الفصل الثاني)

مثلاً لو أعطى رب المال خمسين ديناراً مضاربة لآخر بنصف الربح وخلط المضارب على الوجه المبين في هذه المادة مال المضاربة المذكور بمائة دينار له وربح ثلاثين فتكون عشرون ديناراً ربح رأس ماله وتكون للمضارب خاصة وتكون العشرة دنانير الباقية ربح مال المضاربة فيقتسمها مع رب المال مناصفة

المادة (١٤١٨) ـ (المال الذي أخذه المضارب بالنسيئة زيادة عن رأس المال باذن رب المال يكون مشتركاً بينهما شركة وجوه)

أي باذنه صراحة. أنظر المادة (١٣٩٩) وما يتلوها من المواد. وبما أنه لا يتغير بهذا موجب المضاربة فيقسم ربح مال المضاربة بينهما على الوجه الذي شرطاه. مثلاً لو كان رأس مال المضاربة مائة دينار واشترى المضارب باذن رب المال مالاً بمائة وخمسين ديناراً ثم باعه فيقسم ربح المائة دينار بينهما على الوجه المشروط وبما أن ثلث المال المشترى المشترك بين المضارب ورب المال شركة وجوه فيقسم الثلث بينهما بنسبة الملك كما أن الخمسين ديناراً ثمن الثلث المذكور تكون ديناً عليهما (تكملة رد المحتار عن القهستاني)

المادة (١٤١٩) ـ (إذا ذهب المضارب لشغل المضاربة إلى محل غير البلدة التي وجد فيها يأخذ مصرفه المعروف من مال المضاربة)

إذا ذهب المضارب لشغل وعمل المضاربة إلى محل غير البلدة التي وجد فيها أي غير وطنه الأصلي ولو مسافة يوم يأخذ مصرفه المعروف لأن النفقة تجب بسبب الاحتباس كالمرتب الذي يأخذه القاضي والنفقة التي تعطى للزوجة لأنه لما كان المضارب محبوساً بسبب المضاربة وجبت مؤونته من مال المضاربة

وتعبير المضارب للاحتراز من رب المال وذلك لو سافر رب المال لاعانة المضارب فلا تلزم نفقته ونفقة خادمه ودابته من مال المضاربة ولو أنفق عليهم المالك نفسه كان استرداداً لرأس المال لا من الربح (تكملة رد المحتار)

وأطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب ومضاربيه إذا كان اذن له في المضاربة وإلا فلا نفقة للثاني (التكملة)

وبذكر عبارة «شغل المضاربة» بصورة يكون عاماً سواء كان الشغل للتجارة أو لطلب الديون

ولكن يلزم أن لا تتجاوز مصارف السفر بطلب الديون مقدار الديون وليس للمضارب طلب المصرف الذي يزيد عن الديون من رب المال (تكملة رد المحتار)

ويشار بهذا التعبير إلى أنه إذا ذهب المضارب الى بلدة أخرى لغير شغل المضاربة فلا تلزم نفقته على مال المضاربة وذلك لو كان أحد مصرياً فسافر إلى دمشق وأخذ هناك من آخر مالاً بطريق المضاربة فليس للمضارب المذكور أخذ نفقة من مال المضاربة ما دام مقيماً في دمشق فإذا ذهب لشغل المضاربة إلى مصر فنفقته حتى وصول مصر تؤدى من مال المضاربة أما نفقته مدة بقائه في مصر فلا تلزم مال المضاربة لأن مصر وطنه الأصلي واقامته فيها هي لأجل الوطن وليس لأجل المضاربة وإذا ذهب المضارب بعد ذلك بشغل المضاربة إلى دمشق فمصرفه في الطريق ومصرف اقامته في دمشق يلزم مال المضاربة (البحر)

وإذا سافر المضارب بماله وبمال المضاربة أو خلط مال المضاربة بماله باذن من رب المال أو بناء على العرف الشائع وسافر به أو ذهب بمالي المضاربة اللذين أخذهما من شخصين مختلفين فتوزع نفقته بنسبة المال الذي سافر به (مجمع الأنهر وتكملة رد المحتار)

ويفهم من تعبير «غير البلدة» أنه إذا عمل في بلدة هي وطنه فتلزم نفقته من ماله وأطلق عمله في المصر فشمل عمله للتجارة واقتضاء الديون، ولا رجوع له في ماله فيما أنفقه في الخصومة (تكملة رد المحتار) لأنه في هذه الصورة لا يكون المضارب محتبساً بل يكون المضارب ساكناً في وطنه الأصلي (مجمع الأنهر) سواء كانت هذه البلدة صغيرة أم كبيرة كما سبق ذكره

ومعنى محل غير البلدة أن يكون موضعاً لو ذهب إليه صباحاً لا تمكنه العودة والرجوع منه إلى محله مساء أي محل يقتدر إذا ذهب اليه على الرجوع الى بيته في نفس اليوم والبيتوتة فيه سواء كان ذلك المحل مسافة سفر بعيد ـ أنظر المادة (١٦٦٤) ـ أن مسافة سفر غير بعيدة كقرى المدينة، وإذا خرج بنية السفر قل أو كثر فنفقته في مال المضاربة إلا أنه إذا كان يغدو إلى بعض نواحي المصر (تكملة رد المحتار)

وإذا ذهب المضارب على هذا الوجه إلى محل آخر فيأخذ نفقته في كل حال من مال المضاربة سواء نوى الإقامة هناك خمسة عشر يوماً أو أكثر أو لم ينو. أما إذا ذهب الى موضع يمكنه إذا ذهب اليه صباحاً أن يعود مساء الى بيته وتمضيته كل الليلة مع أهله ففي هذا الحال تلزم نفقته عليه ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهي ولو كتب اليه ينهاه وقد صار المال نقداً لم ينفق في رجوعه (رد المحتار)

والمراد من المصرف هو مأكوله وغموسه وملبوسه وخادمه أي العامل للأشياء التي تلزمه كالطباخ وغاسل ثيابه وأجرة فرش النوم والحيوان الذي يركبه وعلفه مما يتعلق بالنفقة وما يحتاجه المضارب حسب عادة التجار

ولو فاكهة أي معتادة واللحم كما كان يأكل (تكملة رد المحتار) ومن مؤونته الواجبة فيه غسل

ثيابه وأجرة من يخدم والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لأن العادة جرت بها ولأن نظافة البدن والثياب يوجب كثرة من يعامله لأن صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له ذلك بالمعروف وكذا له الخضاب وأكل الفاكهة كعادة التجار (تكملة رد المحتار)

وإذا أخذ مثل هذه النفقات من مال المضاربة وبقي شيء منها بعد عودته من السفر فيجب رده الى رأس مال المضاربة لأنه بانتهاء السفر قد انتهى الاستحقاق

ولو أنفق من ماله ليرجع في مالها فله ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك (الدر المختار) وكذا لو استدان على المضاربة للنفقة لأن التدبير في الإنفاق اليه (تكملة رد المحتار)

أما مصارف تداويه فلا تعد من النفقة ويلزم المضارب أن يؤدي المصارف المذكورة من ماله والحجامة والتكحل كالدواء

والمقصود من قوله «من مال المضاربة» الربح أي يجب إيفاء هذا المصرف في المضاربة الصحيحة من الربح فإذا كان الربح موجوداً فلا يمس رأس المال وإذا بقي ربح بعد هذا المصرف فيقتسم المضارب مع رب المال تلك الزيادة لأن ما أنفقه يجعل كالهالك

وإذا لم يكن الربح موجوداً وصرف المضارب من رأس المال ثم حصل ربح فيؤخذ المصرف المذكور من الربح ويقسم الباقي من الربح على الوجه المشروط، وإذا لم يحصل ربح فلا يلزم المضارب شيء لانفاقه من رأس المال

وحكم هذه المادة هو خاص بالمضاربة الصحيحة أما إذا كانت المضاربة فاسدة فيجب على المضارب ايفاء المصرف من ماله لأن المضارب في هذا الحال أجير. أنظر المادتين (١٤٢٦ و٥٧٦) إذ أن كل مضاربه فاسدة لا نفقة للمضارب فيها على مال المضاربة فإذا أنفق على نفسه من المال حسب من أجر مثل عمله وأخذ بما زاد إن كان ما أنفق منه أكثر من أجر المثل (التكملة)

والمراد من القدر المعروف أن لا يسرف في الإنفاق وأن يكون المقدار المتعارف عند التجار فلذلك إذا صرف المضارب أكثر من القدر المعروف فيضمن المضارب لرب المال ما يزيد عن القدر المعروف لأنه لم يكن مأذوناً بصرف تلك الزيادة

ويحترز بقوله «المضارب» في هذه المادة من المستبضع لأنه ليس للمستبضع أن ينفق على نفسه من مال البضاعة لأنه كالوكيل فيكون متبرعاً ولا تحسب نفقته على مال البضاعة (مجمع الأنهر والبحر والقهستاني ورد المحتار) ما لم يأذن رب المال المستبضع بالصرف من مال البضاعة (تكملة رد المحتار)

المادة (١٤٢٠) - (يلزم المضارب في المضاربة المقيدة مراعاة قيد وشرط رب المال مهما كان)

أي إذا كان القيد مفيداً. أنظر المادة (٨٣) . لأن اقتدار المضارب على التصرف في مال الغير هو لتفويض رب المال له بالتصرف فيتقيد المضارب بالقيد الذي يقيده به رب المال والتقييد على الوجه المذكور آنفاً مفيد لأن التجارة تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص (الدرر)كما أن الحكم في الشركة هو على هذا الوجه. أنظر المادة (١٣٨٣)

وقد ذكر في شرح المادة (١٤٠٦) أنه إذا كان قيد وشرط رب المال مفيداً له فيكون القيد معتبراً ويقتضي مراعاته وأنه لم يراعه المضارب فيكون مخالفاً لرب المال وعاملاً بدون أجرة. أنظر المادة الآتية

أما القيد والشرط الغير المفيد لرب المال فلا يحصل التقييد والشرط به ويكون وجوده وعدمه متساوياً وذلك لو أمر رب المال المضارب أن لا يبيع مال المضاربة نقداً وباعه المضارب نقداً بالثمن الذي عينه رب المال يصح، كما أنه لو باعه بثمن مثله في حالة عدم تعيين الثمن من رب المال أو بأزيد من ثمن أيضاً، ولكن لو قال رب المال للمضارب بع نسيئة ولا تبع نقداً، وباع المضارب نسيئة بأنقص من ثمن المثل فلا يصح

كذلك لو قال رب المال للمضارب: بع هذا المال بألف درهم، ولا تبعه بأكثر، وباعه المضارب بأكثر يصح ولا يعتبر القيد المذكور (الهندية)

المادة (١٤٢١) - (إذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط يكون غاصباً وفي هذا الحال يعود الربح والخسارة في بيع وشراء المضارب عليه، وإذا تلف مال المضاربة يكون ضامناً)

إذا خرج المضارب عن الأذن الذي أعطى له وخالف القيد والشرط المفيد كما بين في المادة الآنفة فيكون قد تعدى على مال الغير، فإذا كانت المخالفة في كل المال فيعد غاصباً لكل المال وإذا كانت المخالفة في بعضه فيعد غاصباً لبعضه ولو أجازه رب المال بعد المخالفة

وقد ورد في المنح: ولا يخرج عن كونه غاصباً لو أجاز رب المال بعده حتى لو اشترى المضارب ما نهي عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم أجازه رب المال لم يجز وفي هذا الحال أي في حال المخالفة والغصب يعود الربح والخسار في بيع وشراء المضارب عليه أي على المضارب، مثلاً لو قيد رب المال المضاربة بنوع تجارة فاشتغل المضارب بنوع تجارة أخرى فيكون ربح وخسار المال الذي اشتراه عائداً عليه أما عند الطرفين فلا يطيب له الربح (الدر المنتقى) ويضمن رأس المال[1]

كذلك لو قال رب المال للمضارب: بع واشتر في بلدة كذا، فباع واشترى المضارب بنصف

---

(١) وعند أبي يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيه وربح (رد المحتار)

رأس المال في بلدة غير البلدة التي قيدت وباع واشترى أيضاً بنصف رأس المال الآخر في البلدة التي عينت فيكون غاصباً في النصف ، بكون ما اشتراه له أما ما باعه واشتراه بالنصف الآخر في البلدة التي عينها رب المال فلا يكون غاصباً وتنفذ معاملته بحق رب المال اعتباراً للجزء بالكل (الدر المختار)

أما إذا باع المضارب مخالفاً للشرط فيكون هذا البيع موقوفاً ولرب المال ان شاء اجازته (تكملة رد المحتار والدر المختار)

وإذا تلف مال المضاربة قبل العود إلى الوفاق يكون ضامناً. أنظر المادة (٨٩١) أما إذا تلف بعد العود إلى الوفاق فلا يلزمه ضمان. أنظر شرح المادة (٧٨٧) وذلك لو ذهب المضارب الى بلدة أخرى وعاد الى البلدة المشروطة دون أن يشتري شيئاً برأس مال المضاربة فيبرأ من الضمان ويعود المال مال مضاربة أنظر شرح المادة (١٣٨٣)[1]

المادة (١٤٢٢) ـ (إذا خالف المضارب حال نهي رب المال اياه بقوله له: لا تذهب بمال المضاربة إلى المحل الفلاني أو لا تبع بالنسيئة، فذهب بمال المضاربة الى ذلك المحل فتلف المال أو باع بالنسيئة فهلك الثمن يكون المضارب ضامناً)

وهذه المادة هي فرع للمادة الآنفة فكان من المناسب ذكرها مثالاً لها

ويوجد في هذه المادة حكمان ولنبين كليهما على وجه التفصيل:

الحكم الأول ـ إذا نهى رب المال المضارب بقوله له: لا تذهب الى المحل الفلاني فخالفه المضارب وذهب إلى ذلك المحل وتلف مال المضاربة يضمن المضارب لأنه أصبح غاصباً في مخالفة أمر رب المال ويلزم الضمان بدون وقوع البيع والشراء أي أن نفس الإخراج موجب للضمان، أما البيع والشراء فهو سبب لتقرر الضمان (عبد الحليم)

أما إذا لم يبع ويشتر في تلك البلدة كما أنه لم يتلف مال المضاربة هناك وعاد سالماً به إلى الوفاق إلى المحل الذي عينه رب المال المضاربة كما كانت (أنظر المادة الآنفة، كما أنه إذا لم يتلف مال المضاربة بل ذهب المضارب إلى ذلك المحل واشترى مالاً برأس مال المضاربة فيكون المال الذي

(١) أصل الضمان واجب بنفس المخالفة لكنه غير قارّ إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق وفي رواية الجامع أنه لا يضمن إلا إذا اشترى والأول هو الصحيح، والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثاني «تكملة رد المحتار». ولا يتصور العود إذا خالف في شخص عينه نعم يظهر في مخالفته في مكان. تأمل «من المحل المذكور»

شتراه ملكاً له ويعود خساره عليه ويضمن لرب المال الذي دفعه ثمناً لذلك

وقوله «فذهب» ليس احترازياً وذلك لو قال رب المال للمضارب لا تخرج من هذه المدينة فأبضع المضارب مال المضاربة لشخص يخرج من تلك المدينة وحصل خسار يضمن (الدرر)

الحكم الثاني ـ لو نهى رب المال المضارب عن بيع النسيئة فباع بالنسيئة وهلك الثمن يكون ضامناً ويكون ثمن المبيع والربح عائداً عليه

والنهي عن البيع بالنسيئة كما أنه معتبر وقت العقد يعتبر أيضاً بعد العقد إلا أن اعتباره بعد العقد متوقف على أن يكون المال الذي في يد المضارب من النقود أما إذا كان مالاً غير النقود فله بيعه بالنسيئة وتبديله بالنقود كما وضح في شرح المادة «١٤٢٤»

المادة (١٤٢٣) ـ (إذا وقت رب المال المضاربة بوقت معين فبمضي ذلك الوقت تنفسخ المضاربة)

لأن تعيين الوقت مفيد كالتقييد بنوع مال فهو معتبر (شرح المجمع والزيلعي والهندية) والحكم في الشركة أيضاً على هذا الوجه. أنظر شرح المادتين (١٣٥٢ و ١٣٦٦)

الانفساخ بعد المضاربة: وتحصل الديون بعد انفساخ المضاربة سواء كان هذا الانفساخ بالفسخ أو بانتهاء مدة المضاربة على الوجه المذكور في هذه المادة فإذا كان في المضاربة ربح ولو كان قليلاً فالمضارب مجبور على تحصيل تلك الديون لأن المضارب في هذه الصورة أجير يعمل بالأجرة وحصته في الربح هي كالأجرة وتحصيل الديون من تكملة العمل ونفقة طلب الديون على المضارب إذا كان الدين في المصر أو في المدينة وألا يكون من مال المضاربة ولو امتد سفر المضارب وإقامته وصرف جميع مقدار الدين أما إذا صرف أكثر من مقدار الدين فيحسب المصرف بقدر مقدار الدين ويلزم الباقي على المضارب (رد المحتار) وإذا لم يكن ربح مطلقاً أي قليلاً أو كثيراً فلا يجبر المضارب على اقتضاء الديون لأن المضارب في هذه الصورة يكون وكيلاً محضاً ومتبرعاً ولا يجوز اجبار المتبرع على اكمال تبرعه وإن وجب على المضارب أن يرد مأخوذه إلا أن هذا الرد عبارة عن رفع الموانع والتخلية وهو غير مكلف بالتسليم حقيقة (تكملة رد المحتار) وفي هذا الحال يجب على المضارب أن يوكل رب المال بقبض الدين حيث إن المالك غير عاقد فلا ترجع اليه حقوق العقد. وليس له بدون توكيل الإدعاء والمطالبة بالدين. أنظر المادة (١٥٠٤) (الدر المختار والتكملة ومجمع الأنهر)

المادة (١٤٢٤) ـ (إذا عزل رب المال المضارب فيلزم اعلامه بعزله وتكون

تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل ولا يجوز له بعد وقوفه على العزل التصرف بالنقود التي في يده لكن إذا كان في يده أموال غير النقود فله أن يحولها إلى النقد ببيعها)

لرب المال عزل المضارب لأنه وكيل (الدر المختار). أنظر شرح المادة (١١٤) لكن عند عزله إياه يلزمه اعلامه بالعزل فلذلك تكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل لأن المضارب وكيل عن رب المال فيشترط لحوق علمه بالعزل. أنظر المادتين (١٧ و١٥٢٣) وإذا علم المضارب بعزله فينعزل وليس له بعد ذلك التصرف بالنقود

ويحصل العالم بالعزل بالمشافهة أو باخبار العدل الفضولي أو اخبار الرسول المميز أو بكتابة كتاب له (رد المحتار وتكملته)

وقد ذكر في شرح المادة (١٠٢٩) أن أسباب العلم سبعة

والمقصود من النقود: النقود من جنس رأس المال. مثلاً لو كان رأس مال المضاربة مائة دينار وتصرف فيه المضارب حيناً وعزله رب المال أثناء وجود رأس المال والربح بيده ذهباً وأوصل خبر العزل اليه فليس للمضارب بعد ذلك البيع والشراء في تلك الأموال. أما إذا كانت النقود التي في يده فضة فله بعد العزل التصرف فيها بتبديلها ذهباً لأن الواجب على المضارب أن يرد لرب المال وهذا يكون برد الجنس فأصبح من الضروري تبديل الفضة بالذهب (مجمع الأنهر وتكملة رد المحتار)

ويبين في هذه الفقرة حكم العزل الحقيقي والحكم في العزل الحكمي على هذا الوجه أيضاً ويحصل العزل الحكمي بوفاة رب المال إذ أن المضارب ينعزل بوفاة رب المال. وقد ذكر في المنح أن المضارب يبقى في الوكالة حتى وصول خبر العزل اليه ولا ينعزل ما لم يلحق علمه بالوفاة

سؤال ـ ينعزل الوكيل بوفاة الموكل كما ذكر في المادة «١٥٢٧» ولا يشترط في ذلك علم الوكيل بوفاة موكله أما في المضاربة فهو شرط، فما الفرق؟

الجواب ـ ليس للوكيل أي حق بالموكل به. أما المضارب فله حق في المضاربة وشركة في الربح (رد المحتار)

ومع ذلك فقد ذكر في الخانية أن المضارب ينعزل عن المضاربة بوفاة رب المال سواء علم بوفاته أو لم يعلم، وقد ذكر أيضاً في الدر المنتقى، فلا يكون بين الوكيل والمضارب فرق في هذه المسألة

لكن إذا كان في يده أموال غير النقود فله أن يحولها إلى النقد ببيعها نقداً أو نسيئة ولا يمنعه العزل من ذلك لأن ظهور الربح إنما يحصل بذلك ولأن المضارب مجبور على اعادة رأس المال من الجنس الذي أخذه (الدر المنتقى)

وحاصل الكلام هو إذا وقف المضارب على عزله ففي مال المضاربة ثلاثة احتمالات:

١ ـ أن يكون مال المضاربة من كل وجه من جنس رأس المال، وفي هذه الصورة ينعزل المضارب حالاً وليس له التصرف بعد ذلك مطلقاً

٢ ـ أن لا يكون مال المضاربة من جنس رأس المال من كل وجه كأن يكون رأس المال أحد النقدين وأن يكون مال كالعروض ففي هذه الصورة لا يكون تأثير للعزل في الحال إذ أن للمضارب أن يبيع تلك العروض وأن يبدلها لمال من جنس رأس المال وعند تبديله لها ينعزل وليس له التصرف بعد ذلك لأن تصرفه بعد العزل في العروض وبيعه لها هو لضرورة اظهار الربح أصبحت العروض نقداً لم يبق ضرورة واحتياج. أنظر المادة (٢٢)

فرع: إذا كان رأس المال ذهباً وأخذ رب المال حين القسمة فضة جاز كما أنه إذا أخذ عروضاً بقيمتها جاز أيضاً وتعبير قيمتها يوم القسمة وليس قيمتها يوم الدفع (رد المحتار) وفي هذا الحال لو نهى رب المال المضارب عن البيع نسيئة فله البيع نسيئة لأنه لا يقتدر رب المال في هذه الصورة على عزل المضارب كما لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة وكما لا يملك تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه (رد المحتار)

٣ ـ أن يكون رأس المال من وجه من جنس رأس المال كأن يكون رأس المال ذهباً ومال المضاربة فضة أو بالعكس وفي هذه الصورة للمضارب أن يبدل النقد الموجود بجنس رأس المال فقط وليس له تبديله بعروض (الدر المنتقى والزيلعي)

إذا توفي رب المال أو جن جنوناً مطبقاً فالحكم على الوجه المشروح أيضاً وذلك أنه ليس للمضارب بعد ذلك أن يتصرف في النقود التي في يده من جنس رأس المال ولكن له تبديل العروض بنقد (أبو السعود والبحر)

وحكم الفقرة الأخيرة من هذه المادة غير جار في الشركة وذلك إذا فسخ أحد الشريكين الشركة فيصح الفسخ ولو كانت أموال الشركة أمتعة (البحر)

وإذا فسخ رب المال الشركة على هذا الوجه فإذا كان في المضاربة ربح، فالمضارب مجبور على تحصيل ديون المضاربة كما ذكر في شرح المادة (الـ١٤٢٣) أما إذا لم يكن فالمضارب غير مجبور على قبض الديون بل يلزمه توكيل رب المال للقبض المذكور (البحر)

وكما أن لرب المال عزل المضارب فللمضارب أيضاً عزل نفسه لأنه كما ذكر في شرح المادة (١١٤٠) أن المضاربة من العقود الغير اللازمة على الطرفين

المادة (١٤٢٥) ـ (إنما يستحق المضارب الربح في مقابلة عمله أما العمل فيتقوم بالعقد فقط وعليه فأي مقدار يشترط في عقد المضاربة من الربح للمضارب يأخذ حصته بالنظر اليه)

إنما يستحق المضارب الربح في مقابلة عمله. أنظر المادة (الـ ١٣٤٧) أما العمل فيقوم بالعقد فقط. أنظر المادة (الـ ١٣٤٥) وعليه فأي مقدار يشرط في عقد المضاربة من الربح للمضارب يأخذ حصته بالنظر إليه فلو شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب جاز ولزم اعطاء الربح المذكور للمضارب ولا يلزم اعطاء هذا الربح لدائن المضارب (البحر)

أما لو شرط بعض الربح للمساكين أو لزوجة المضارب فلا يصح ويعود المشروط لرب المال لأنه ليس هؤلاء عمل. أما إذا شرط عمل زوجة المضارب في المضاربة ففي تلك الحال تستحق الربح المشروط

كذلك لو شرط اعطاء بعض الربح لمن يريد المضارب فإذا طلب المضارب هذه الحصة لنفسه أو لرب المال صح أما إذا طلبها لأجنبي فلا يصح أي أنه حيث ليس للأجنبي من عمل يستحق الربح المذكور أما إذا شرط عمل ذلك الأجنبي فيستحق الربح المشروط

وكذلك لو شرط بعض الربح رأساً لأجنبي فإذا كان مشروطاً عمل ذلك الأجنبي فيستحق الربح أما إذا كان غير مشروط فتصح المضاربة ولا يستحق الأجنبي الربح وتعود حصته لرب المال (رد المحتار)

المادة (١٤٢٦) ـ (استحقاق رب المال للربح هو بماله فلذلك يكون جميع الربح له في المضاربة الفاسدة ويكون المضارب بمنزلة أجير المثل لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد ولا يستحق أجر المثل أيضاً ان لم يكن ربح)

استحقاق رب المال للربح هو بماله. أنظر المادة (١٢٤٧) فلذلك إذا كان رب المال اثنين فيجب أن يكون الربح بنسبة رأسي مالهما متساوياً فيتساوى الربح بينهما وفي هذا الحال لو شرط ثلثا الربح لأحدهما وثلثه للآخر فيقسم الربح بينهما مناصفة لأنهما متساويان في رأس المال (البحر)

كذلك لو شرط اعطاء بعض الربح لدائني رب المال فيصح ويجب اعطاء ذلك المقدار لرب المال ولا يجبر على اعطائه للدائنين (البحر) وقد ذكر هذا في شرح المادة الآنفة

وعليه فبما أن المضاربة الفاسدة كالإجارة الفاسدة فيكون جميع الربح له أي لرب المال في المضاربة الفاسدة لأن الإستحقاق للربح انما حصل بعقد المضاربة ولما كان عقد المضاربة فاسداً فلا يستحق المضارب الربح، وإنما كانت الإجارة فاسدة لعدم وجود العقد الصحيح المفيد للإجارة (تكملة رد المحتار)

ويكون المضارب بمنزلة أجيره فيأخذ أجر المثل بدل عمله لأنه لم يرض العمل مجاناً ويكون المضارب عاملاً لرب المال والربح الذي شرط له كأجرة عمله فإذا فسدت المضاربة تظهر معنى الإجارة ولا يستحق الربح لأن الربح إنما يكون في المضاربة الصحيحة (مجمع الأنهر)

أما إذا أخذ الوصي مال الصغير مضاربة وشرط لنفسه كذا ربحاً فإذا فسدت هذه المضاربة فليس له أجرة ولو عمل (البحر)

ولكن ليس له أخذ أجر المثل بالغاً ما بلغ بل له أخذه بشرط أن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد وذلك لو شرط أثناء عقد المضاربة ثلث الربح للمضارب وثلثاه لرب المال فإذا كانت المضاربة فاسدة فلا يتجاوز أجر مثل المضارب ثلث الربح لرضاه به إذا كان المسمى معلوماً وإن كان مجهولاً كدابة أو ثوب يجب بالغاً ما بلغ (تكملة رد المحتار ملخصاً)

ولكن يجوز أن يكون أقل من المشروط وإذا لم يكن ربح في المضاربة الفاسدة فلا يستحق المضارب أجر المثل عند أبي يوسف كما أنه لا يستحق شيئاً من الربح في المضاربة الصحيحة (الدرر) حتى لا تكون المضاربة الفاسدة فائقة عن المضاربة الصحيحة، أما على رواية الأصل فالمضارب يستحق أجر المثل في المضاربة الفاسدة سواء حصل فيه ربح أو لم يحصل (مجمع الأنهر) وبما أنه قد رجح قول أبي يوسف بقولهم عنه وهو الصحيح فقد فهم أن المجلة قد اختارت هذا القول (تكملة رد المحتار)

المادة (١٤٢٧) - (إذا تلف مقدار من مال المضاربة فيحسب في بادئ الأمر من الربح ولا يسري إلى رأس المال، وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة).

إذا تلف مقدار من مال المضاربة بلا تعد فيحسب في بادئ الأمر من الربح ولا يسري إلى رأس المال لأن الربح تابع ورأس المال أصل فينصرف الهالك إلى التابع (مجمع الأنهر) أما إذا تلف بتعدي المضارب فيلزم الضمان والقول في الربح والخسران للمضارب مع اليمين ولا يلزم على المضارب بيان الربح والخسار مفصلاً كما أن القول للمضارب في الضياع وفي الرد لرب المال (التكملة)

مثلاً لو بدئ بالمضاربة برأس مال مائتي دينار وبعد أن بلغ مائتين وخمسين ديناراً تلف أربعون ديناراً فمائتا دينار من المبلغ الباقي هي رأس المال والعشرة دنانير الباقية تعتبر ربحاً وإذا تلف من هذا المبلغ خمسون ديناراً فيحسب من الربح وتكون المائتا دينار الباقية هي رأس المال

ويفهم من اطلاق المجلة «فيحسب من الربح» أنه يشمل الربح سواء كان موجوداً أو جرى تقسيمه

والأصل أن تقسيم الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوف أن قبض رأس المال صحت القسمة وإن لم يقبض بطلت (تكملة رد المحتار) وذلك لو بقيت المضاربة بعد تقسيم الربح وتلف مؤخراً كل رأس المال أو بعضه فيرد الربح المأخوذ ويعاد إلى رأس المال ويكمل رأس مال رب المال وإذا زاد شيء عن ذلك فيأخذ رب المال والمضارب على الوجه المشروط وإذا نقص رأس المال فلا

يضمنه المضارب. أما إذا قسم الربح وفسخت المضاربة ثم عقدت المضاربة بين رب المال والمضارب مجدداً وتلف رأس المال فلا يلزم اعادة الربح الذي قسم في المضاربة المفسوخة لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وهذه حيلة نافعة للمضارب (البحر) أي لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي من رأس المال، وعلم مما مر آنفاً أنه لا تتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال وتقييد الزيلعي به اتفاقي «تكملة رد المحتار»

وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كان هذا الخسار بعمل المضارب أو لم يكن لأن المضارب أمين (البحر) وفي هذه الصورة لو تلف ثمانون ديناراً في المثال المذكور فتحسب الخمسون ديناراً من الربح ويكون الباقي قد تلف من رأس المال ولا يضمنه المضارب لأن مال المضاربة في يد المضارب أمانة حسب المادة (١٣١٤) سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة أي لا يلزم ضمان في هاتين الصورتين[1]

المادة (١٤٢٨) - (يعود الضرر والخسار في كل حال على رب المال وإذا شرط أن يكون مشتركاً بينهما فلا يعتبر ذلك الشرط).

يعود الضرر والخسار في كل حال على رب المال إذا تجاوز الربح إذ يكون الضرر والخسار في هذا الحال جزءاً هالكاً من المال فلذلك لا يشترط على غير رب المال ولا يلزم به آخر. ويستفاد هذا الحكم من الفقرة الثانية من المادة الآنفة وإذا شرط أن يكون مشتركاً بينهما أو جميعه على المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط. أنظر المادة (٨٣). أي يكون الشرط المذكور لغواً فلا يفسد المضاربة (الدرر) لأن هذا الشرط زائد فلا يوجب الجهالة في الربح أو قطع الشركة فلا تفسد المضاربة به حيث إن الشروط الفاسدة لا تفسد المضاربة (مجمع الأنهر)

المادة (١٤٢٩) - (إذا مات رب المال أو المضارب أو جن جنوناً مطبقاً تنفسخ المضاربة)

تنفسخ المضاربة بعشرة أسباب:

(١) بموت رب المال (٢) أو بموت المضارب (٣) أو بجنون رب المال (٤) أو بجنون المضارب على الوجه المبين في المادة (١٤٢٨) (٨) أو بعزل رب المال للمضارب كما جاء في المادة (١٤٢٤)

---

(١) لأنها أمانة عند الإمام وعندهما إن كانت فاسدة فالمال مضمون (تكملة رد المحتار) هلك مال المضاربة قبل أن يشترى به شيئاً بطلت وإن استهلكه المضارب ضمنه ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضميناً وإن استهلكه غيره فأخذه منه كان له الشراء على المضاربة (تكملة رد المحتار)

(٩) أو باستقالة المضارب كما ذكر في شرح المادة (١٤٢٤) (١٠) أو بتلف رأس المال قبل التصرف «تكملة رد المحتار»

وقد ذكر في شرح المادة «١٣٥٢» أن الشركة تنفسخ أيضاً لبعض هذه الأسباب لأن المضاربة وكالة تبطل بالموت كما جاء في المادة «١٥٢٨» ولا تورث «مجمع الأنهر وواقعات المفتين[1]»

وفي هذا الحال إذا توفي المضارب وكان موجوداً في مال المضاربة عروض فيبيع وصي المضارب تلك العروض وإذا لم يكن له وصي فينصب القاضي وصياً له ويبيعها ذلك الوصي ويؤدى لرب المال رأس المال مع حصته كما أنه تؤدى حصة المضارب من الربح لورثته أو إلى غرمائه، وإذا توفي رب المال وكان مال المضاربة الموجود من جنس رأس المال فتبطل المضاربة في حق التصرف وليس للمضارب التصرف بعد ذلك فيها. أما إذا كان المال الموجود عروضاً فتبطل المضاربة في حق المسافر ولا تبطل في حق التصرف، وللمضارب أن يبيع العروض المذكورة في بلدة رب المال مقابل عروض أو نقد أي له بيع مال المضاربة بعرض ونقد ثم يكون العرض الثاني كالأول فله بيعه بعرض أيضاً إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال

ولكن ليس له نقل تلك العروض إلى غير بلدة رب المال «الدر المختار وتكملة رد المحتار[2]»

قد ذكر في هذه المادة أن المضاربة تنفسخ بوفاة رب المال ولكن هل يشترط في ذلك لحوق علم المضارب بالوفاة؟ والتفصيل عن ذلك قد ورد في شرح المادة «١٤٢٤» «رد المحتار»

المادة (١٤٣٠) - (إذا مات المضارب مجهلاً فيجب الضمان في تركته)

إذا مات المضارب مجهلاً مال المضاربة فيجب الضمان من تركته، وفي هذا الحال إذا أدعى ورثته بأن مورثهم قد رد مال المضاربة إلى رب المال فلا يقبل بلا بينة أي أنه كان يقبل قول المورث مع اليمين في حياته باعتباره أميناً توفيقاً للمادة «١٧٧٤» ولكن بوفاة بعد التجهيل لا يعتبر ورثته كذلك أمناء بل يجب عليهم الاثبات. أنظر المادتين «٨٠١ و١٣٥٥»

أما إذا أثبت الورثة بالبينة رد المضارب لرب المال أو قول المضارب قبل وفاته أنه رد مال المضاربة والربح لرب المال فيقبل

وكذلك لو قال المضارب في مرض موته قد ربحت بمال المضاربة ألف درهم وصلت إلى يدي ثم تلف كل المال وتوفي بعد تكذيب رب المال له فلرب المال أن يُحَلف الورثة على عملهم بضياع المال لأنه أدعى ديناً على مورثهم بسبب الجحود وأنكر الورثة فله استحلافهم على العلم لأنهم

---

(١) حتى لا يملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر ولا يملك بيع ما كان عرضاً لأنه عزل حكمي «الخانية»

(٢) فلو أتى المضارب مصر واشترى شيئاً فمات رب المال وهو لا يعلم فأتى بالمتاع مصراً آخر فنفقه المضارب في مال نفسه وهو ضامن لما هلك في الطريق فإن سلم المتاع جاز بيعه لبقائها في حق البيع «تكملة رد المحتار»

استحلفوا على فعل الغير (واقعات المفتين في أول المضاربة)

أما لو قال المضارب في مرض الموت أنه ربح ألف درهم ولم يذكر وصولها إلى يده ثم توفي فلا يلزم ضمان لأنه لم يقر بوصول المال يده (واقعات المفتين)

فروع :

١ ـ إذا توفي المضارب مديناً فإذا كان مال المضاربة معروفاً فيكون رب المال أحق برأس ماله وبحصته من الربح

٢ ـ إذا أدعى أحد الشريكين الخيانة في قدر معلوم وأنكر الآخر ولم يثبت المدعي فيحلف المنكر فإذا حلف يبرأ وإذا نكل تثبت دعوى المدعي. وإذا أدعى رب المال الخيانة المجهولة بدون تعيين المقدار فيحلف المنكر أيضاً فإذا نكل فيجب على المنكر بيان مقدار الخيانة لأن نكوله كإقراره بشيء مجهول والقول قوله في مقدار مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على الأكثر (رد المحتار)



الباب الثامن

(في بيان المزارعة والمساقاة وينقسم إلى فصلين)

الفصل الأول

«في بيان المزارعة ويحتوي على ثلاثة مباحث»

المبحث الأول

في تعريف المزارعة وتقسيمها وركنها

المزارعة من باب المفاعلة من الزارع والزارع أيضاً من الزرع والزرع لغة زرع البذر ويسمى المحل المزروع مزرعة مثلثة الراء «القهستاني ومجمع الأنهر»

وتدعى المزارعة مخابرة ومحاقلة أيضاً كما أن أهل العراق يسمونها قراحاً والقراح بالفتح في الأصل هو المزرعة التي ليس فيها أبنية وأشجار وجمعها أقرحة

اختلاف الأئمة في حق المزارعة فاسدة عند الإمام الأعظم لأن الرسول عليه السلام قد نهى عن المخابرة. أما عند الإمامين فجائزة لأن الرسول عليه السلام قد اتفق مع أهل خيبر على نصف المحصولات كما أنه من المحتمل أن لا يكون صاحب الأرض مقتدراً على زراعتها بنفسه وأن لا يوجد لديه نقود لدفع أجرة لزرع أرضه فيكون محتاجاً لاعطاء أرضه مزارعة، وبما أن بعض الناس يكون قادراً على العمل ولا يكون لديه أرض يزرعها أو عمل يعمل به أو نقد يستأجر به فجوزت المزارعة دفعاً للحاجة وفي المساقاة أيضاً جاز عين الاختلاف. والمواد الواردة في الباب الثامن من هذه المجلة هي مبنية على قول الإمامين «مجمع الأنهر بزيادة» وقد بين الإمام الأعظم بعض المسائل التي تتعلق بأحكام المزارعة إلا أن بيانه هذا مبني على أقوال من جوزوا المزارعة لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله

شروط المزارعة: وهي ثمانية وقد جمعت بقول «ابن خصم شج»

الألف، إشارة إلى أهلية العاقدين وهي مذكورة في المادة «١٤٣٣»

الباء، إشارة للزوم بيان البذرة أي يجب في صحة المزارعة أن يذكر أن البذور تكون من أحد الطرفين أي من صاحب الأرض أو من المزارع قطعاً للمنازعة «مجمع الأنهر»

وبيان صاحب البذر يكون على نوعين: أولهما، البيان صراحة، الثاني: البيان دلالة وذلك لو قال رب الأرض للمزارع: قد أجرتك الأرض واستأجرتك على أن تعمل في تلك الأرض فيكون في هذا الكلام بيان أن البذر من صاحب الأرض. كذلك لو قال رب الأرض للمزارع: قد أعطيتك الأرض على أن تزرعها لنفسي فيكون ذلك بياناً بأن البذر من العامل وإذا لم يذكر رب البذر

صراحة كما أنه لم يذكر دلالة ففي هذه الصورة يتخذ العرف حكماً إذا كان متحداً أي إذا كان العرف يقضي بلزوم البذر على رب الأرض فيلزم رب الأرض وإذا كان على المزارع أي على العامل فيلزم العامل. أنظر المادة «٣٦» وإذا كان العرف غير متحد فتفسد المزارعة. أنظر المادة «الـ ٤١» لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض فيكون صاحب الأرض قد استأجر العامل كما أنه إذا كان البذر من العامل فيكون العامل قد استأجر الأرض وبما أن الحكم يكون مختلفاً على هذا الوجه فوجب بيان رب البذر «رد المحتار» ولم يذكر هذا الشرط في المجلة

النون، اشارة إلى لزوم بيان نصيب العاقدين وهذا الشرط مذكور في المادة «١٤٣٥» وسيفصل في شرح تلك المادة

الخاء، إشارة لتخلية الأرض وهو مذكور في المادة «١٤٣٦»

الصاد إشارة إلى لزوم صلاح الأرض للزراعة وهذا مذكور مفصلاً في المادة (١٤٣٦)

الميم، إشارة إلى بيان المدة أي يلزم بيان مدة المزارعة كسنة أو سنتين حتى تعلم المنافع حتى أنه لو ذكرت مدة للمزارعة في وقت لا يمكن الزراعة وإدراك المحصول فيها فتفسد المزارعة. وعند بعض الفقهاء إذا لم تبين في المزارعة مدة فتصرف إلى زمن محصول واحد في سنة وتصح المزارعة وقد رجح أكابر الفقهاء هذا القول. وأن عدم ذكر المجلة بيان المدة من جملة الشروط لعله لاختيارها هذا القول والفتوى عليه

الشين، اشارة إلى الشركة في الخارج والشركة في الخارج احدى شروط المزارعة لأن المقصود من المزارعة إنما هو الشركة في الخارج لأن المزارعة وإن انعقدت ابتداء اجارة إلا أنها تنعقد شركة انتهاء أي حين حصول المحصول حتى إن الشرط الذي يقطع الشركة يفسد عقد المزارعة «رد المحتار ومجمع الأنهر والهندية» وهذا الشرط يستفاد من المادة «١٤٣٥»

وقد بين الشرنبلالي أن هذا الشرط مستدرك وقد ذكر في مقام الإستدلال أنه باشتراط بيان نصيب العامل يستغنى عن هذا الشرط وبما أن المجلة لم تذكر صراحة شرط الشركة في الخارج فلا يرد هذا الإعتراض على المجلة

الجيم، اشارة للزوم بيان جنس البذر وهو مذكور في المادة (١٤٣٤) لأن الأجرة بعض خارج فاعلام جنس الأجرة شرط كما أن بعض المزروعات تضر بالأرض زيادة عن غيرها فيجب بيان البذر حتى لا يكون باعثاً للنزاع (رد المحتار)

المادة (١٤٣١) - (المزارعة نوع شركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر أي أن تزرع الأراضي وتقسم الحاصلات بينهما)

أركان المزارعة أربعة: أولها الأرض، ثانيها البذر، ثالثها العمل، رابعها البقر. (الدر

المختار) وعلى ذلك فتقسم المزارعة بالتقسيم العقلي إلى سبعة أقسام. ثلاثة من هذه الأقسام صحيحة وباقيها فاسد. وقد رتبنا جدولاً اجمالياً أدرجنا فيه تلك الأقسام وأشرنا إلى الصحيح والفاسد منها

وكونها سبعة أقسام هو باعتبار أن بعض الأركان الأربعة من أحد الطرفين وباقيها من الطرف الآخر. أما إذا اعتبر أن بعضها من طرف وباقيها من الطرفين فتزيد الأقسام عن سبعة كما هو مذكور في شرح الدر المختار والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر وتخرج المسائل على هذا (رد المحتار)

من طرف	من الطرف الآخر	
١ ـ أرض وبذر	عمل وبقر	جائز
٢ ـ العمل فقط	أرض وبقر وبذر	
٣ ـ أرض فقط	عمل وبقر وبذر	
أرض وبقر	عمل وبذر	فاسد
أرض وعمل	بقر وبذر	
بقر فقط	أرض وبذر وعمل	
بذر فقط	أرض وعمل وبقر	

ولنوضح الآن الصور الثلاث الجائزة:

أولاً ـ أن تكون الأرض والبذر من طرف والعمل والبقر من طرف آخر فهذه المزارعة صحيحة لأن الاستئجار قد وقع على العمل والبقر آلة العامل كالاستئجار في الخياطة يقع على الخياطة والإبرة هي آلة الخياطة

ثانياً ـ أن يكون العمل من طرف والأرض والبقر والبذر من الطرف الآخر صحيح أيضاً لأن صاحب الأرض قد استأجر العامل بآلته أي بآلة صاحب الأرض كما يصح استئجار الخياط لتخييط الثياب بابرة صاحب الثياب، واستئجار البناء ليبني البناء بآلات صاحب البناء

ثالثاً ـ أن تكون الأرض من طرف والبذر والعمل والبقر من الطرف الآخر وهذا صحيح أيضاً لأن صاحب البذر قد استأجر الأرض مقابل جزء معلوم من الخارج أي من الحاصلات وكما يجوز استئجار الأرض بنقود يجوز استئجارها أيضاً بجزء معلوم من الحاصلات (البحر)

وتعريف المجلة غير ظاهر في شموله لكل الصور الثلاث وكان من الموافق أن تعرف بقوله عقد زرع ببعض الخارج (الدر والقهستاني) ومن أراد تفصيل الصور الأربع وأسباب فسادها فليراجع مجمع الأنهر والتنوير وشرحهما

قيل «والعمل من الطرف الآخر» والمقصور من العمل هو السقي والحفظ قبل إدراك الزرع وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول ـ العمل الذي يحتاج إليه الزرع قبل الإدراك وهو نقل البذر إلى موضع الأرض وزرعه في الأرض وسقي الزرع والمحافظة عليه وكري النهر للإسقاء وهذا العمل على العامل أي على الزارع حتى لو لم يشرط صراحة على الزارع فيجب عليه لأن كون هذا العمل على الزارع هو من مقتضى عقد المزارعة حتى أنه إذا ترك الزارع هذا العمل ففسد الزرع فيجب الضمان كما وضح في المادة (١٤٣٨)

القسم الثاني ـ العمل الواقع بعد إدراك المحصول وقبل قسمته وهو من قبيل النفقة على الزرع كالحصاد والدراس والرفاع أي رفع الزرع إلى البيدر والتذرية وقلع المشارة أي تنقية النباتات المضرة والسرقين أي تزبيل الأرض، فهذه الأعمال تجب على العامل وعلى صاحب الأرض معاً بنسبة حصصهما من الحاصلات لأن الغرم بالغنم فلذلك إذا شرطت المصارف المذكورة على العامل كانت المزارعة فاسدة لأن هذا الشرط لم يكن من مقتضى العقد وهو شرط نافع لأحد العاقدين وفي رواية عن الإمام أبي يوسف أن شرط أجرة الحصاد والدراس والتذرية على العامل صحيح بناء على تعامل الناس واعتباراً بالاستصناع وهو الأصح والمفتى به، وفي هذه الصورة إذا لم يشرط أجرة هذه الأشياء على العامل فيدفعها الطرفان بنسبة حصصهما من الحاصلات وإذا شرط فتلزم العامل على القول المفتى به أما إذا شرط هذا المصرف على رب الأرض فهو مفسد للعقد بالاتفاق لأنه لا تعامل في ذلك

القسم الثالث ـ العمل بعد الإدراك والقسمة فمصرف هذا العمل يلزم من وقع في حصته فقط مثلاً إذا قسمت الحاصلات في البيدر وخرج لأحدهما مائتا كيلة والآخر خمسون كيلة ولزم نقلهما إلى المخزن فيدفع صاحب المائة كيلة مصارف نقل حاصلاته منه خاصة كما أن صاحب الخمسين كيلة يدفع مصارف نقل حاصلاته منه خاصة لتمييز كل واحد منهما عن ملك الآخر (مجمع الأنهر والهندية في الباب الأول ورد المحتار)

ويفهم من تعبير «والعمل من طرف آخر» أنه لو زرع أحد أرضاً وأدرك الزرع فأعطى الأرض مزارعة لآخر لا يصح أما إذا أعطاها قبل ادراك الزرع وكان الزرع محتاجاً لأعمال كالسقي والحفظ جاز لصاحب الأرض اعطاؤها مزارعة لآخر. أنظر الصورة الثانية من الجدول الوارد في شرح هذه المادة (رد المحتار)

المادة (١٤٣٢)* ـ (ركن المزارعة الإيجاب والقبول فعليه إذا قال صاحب الأرض للعامل أي المزارع: أعطيتك هذه الأرض مزارعة على أن تأخذ من الحاصلات كذا حصة وقال الزارع: قبلت أو رضيت أو قال قولاً يدل على

الرضاء أو قال لصاحب الأرض: أعطني أرضك على وجه المزارعة لأعمل فيها ورضي الآخر تنعقد الزارعة).

ركن المزارعة الإيجاب والقبول كركن العقود الأخرى فعليه إذا قال صاحب الأرض للعامل أي للزارع أعطيتك هذه الأرض مزارعة على أن تأخذ كذا حصة من الحاصلات وقال الزارع قبلت أو رضيت أو قال قولاً يدل على الرضا، وهذا مثال على كون الإيجاب من صاحب الأرض والقبول من المزارع، أما ما بعده فهو بالعكس أو قال الزارع لصاحب الأرض: أعطني أرضك الفلانية على وجه المزارعة لأعمل فيها وعلى أن آخذ كذا حصة من الحاصلات ورضي الآخر تنعقد المزارعة (الهندية في الباب الأول من المزارعة)

حكم المزارعة، للمزارعة حكمان:

الحكم الأول ـ الحكم حالاً وهو عبارة عن ملك المنفعة أي أن المزارع يملك منفعة الأرض وصاحب الأرض يملك منفعة العامل

الحكم الثاني ـ الحكم مآلا وهو عبارة عن الشركة في الخارج على الوجه المشروط وفي هذه الصورة لو لم يحصل محصول فلا يكون لأحد العاقدين شيء أي ليس للعامل أخذ أجرة عمله كما أنه ليس لصاحب الأرض أخذ أجرة أرضه سواء كان البذر من صاحب الأرض أو من العامل كما أنه لو تلفت الحاصلات قبل الإدراك باصابتها بإحدى الآفات فليس لأحدهما أن يطالب الآخر بشيء (الهندية في الباب الأول ورد المحتار بزيادة)

صفة المزارعة، عدم اللزوم من جانب صاحب البذر حذراً عن إتلاف بذره ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما إذا استأجره لهدم داره ثم امتنع أما إذا لم يأب لكن وجد عاملاً أرخص منه أو أراد هدمها بنفسه ليس له ذلك وعلى هذا للعامل تحليفه عند القاضي على الامتناع لأنه لا يجوز أن يريد غير ما أظهره (رد المحتار) وفي هذا الحال لو فسخ رب البذر بعد كراب العامل للأرض فليس له أخذ شيء قضاء مقابل عمله لأن ما أوجده العامل هو عبارة عن المنفعة والمنافع إنما تتقوم بالعقد فإذا لم يخرج وينتج شيء فلا يلزم شيء ولكن لصاحب الأرض إرضاء العامل ديانة بسبب أن صاحب الأرض قد غرر بالعامل (الطوري) فيفتي المفتي باعطاء أجر مثله وإن كان القاضي لا يحكم عليه به

وحكم من جهة الطرف الآخر أي غير صاحب البذر اللزوم وليس له فسخ المزارعة بلا عذر أنظر شرح المادة (١١٤)

أما إذا بذر صاحب البذر فيصبح لازماً في حق الطرفين ولا يقتدر أحدهما على الفسخ بلا عذر فلذلك لو امتنع أحد العاقدين بعد ذلك عن اجراء العمل بموجب المزارعة فيجبر من طرف القاضي

المبحث الثاني

(في بيان شروط المزارعة)

المادة (١٤٣٣) ـ (يشترط أن يكون العاقدان في المزارعة عاقلين ولا يشترط بلوغهما فلذلك يجوز للمأذون عقد المزارعة).

يشترط في صحة المزارعة أهلية العاقدين أي أن يكونا عاقلين لأنه لا يصح عقد بدون أهلية. أنظر المواد (٩٥٧ و ٩٦٦ و ٩٧٩) فلذلك لو كان أحد العاقدين أو كلاهما مجنوناً أو صبياً غير مميز يبطل عقد المزارعة

ولا يشترط أن يكون العاقدان بالغين وذلك للصبي المأذون أن يعقد عقد المزارعة أيضاً وفي هذه الصورة يصح أن يكون كلا العاقدين صبياً مأذوناً كما أنه يصح أن يكون أحدهما صبياً غير مأذون والآخر عاقلاً بالغاً. أنظر المادة (٩٦٧) . (رد المحتار) أما إذا كان الصبي المميز غير مأذون فيكون عقد المزارعة موقوفاً على اذن وليه

المادة (١٤٣٤) ـ (يشترط تعيين الزرع أي ما سيزرع أو تعميمه على أن يزرع الزارع ما يشاء).

يشترط أن يكون المزروع معلوماً أي يشترط تعيين الزرع أي ما سيزرع أو تعميمه على أن يزرع الزارع ما يشاء لأن الأجرة في المزارعة هي بعض الحاصلات وبيان الأجرة شرط في صحة العقد كما أن بعض الزرع يضر الأرض ضرراً بليغاً فلذلك إذا لم يبين في العقد جنس البذر فينظر فإذا كان البذر مشروطاً إعطاؤه من قبل صاحب الأرض فيكون جائزاً لأنه في هذه الصورة لا تتحقق المزارعة قبل الزرع. أنظر شرح المادة ، (١٤٣٣) ويعلم البذر والأجرة بعد الزرع. أنظر المادة (٢٤) إذ الإعلام عند التأكيد بمنزلة الإعلام وقت العقد. وإذا كان البذر من طرف العامل أي الزارع ولم يعين كما أنه لم يعمم فتفسد المزارعة لأنها لازمة في حق صاحب الأرض قبل القاء البذر فلا تجوز وإذا لم يعين البذر ولم يعمم أيضاً إلا أن الأرض زرعت فتنقلب المزارعة إلى الصحة حيث قد أصبح البذر معلوماً لأنه خلى بينه وبين الأرض وتركها في يده حتى ألقى بذره فقد تحمل الضرر فيزول المفسد فيجوز (الهندية في الباب الأول ورد المحتار)

وتعيين الزرع يكون على صورتين:

١ ـ أن يبين بصورة قطعية أنه سيزرع حنطة مثلاً

٢ ـ أو بالترديد وذلك بأن يقول صاحب الأرض للزارع إذا زرعت حنطة لك كذا من الحاصلات وإذا زرعت شعيراً لك كذا من الحاصلات فتصح المزارعة

وعدم تعيين الزرع يكون على صورتين أيضاً:

١ ـ بعدم بيان الزرع مطلقاً

٢ ـ ببيانه مجهولاً، فلو قيل ازرع بعضه شعيراً وبعضه حنطة ولم يبين المقدار الذي سيزرع حنطة والمقدار الذي سيزرع شعيراً فتكون المزارعة فاسدة (رد المحتار)

ولا يشترط بيان مقدار البذر لأن مقدار البذر يعلم باعلام الأرض (الهندية) لكن في الخانية أيضاً وينبغي أن يكون العامل يعرف الأرض لأنه إذا لم يعلم والأراضي متفاوتة لا يصير العمل معلوماً (رد المحتار)

المادة (١٤٣٥) ـ (يشترط حين العقد تعيين حصة الزارع من الحاصلات جزءاً شائعاً كالنصف والثلث فإذا لم تتعين حصته أو تعينت على اعطائه شيئاً من غير الحاصلات أو قطعت على مقدار كذا كيلة من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة).

يشترط حين عقد المزارعة تعيين حصة الزارع من الحاصلات جزءاً شائعاً كالنصف والثلث. وقد بين في هذه المادة أربعة شروط ولنبادر كل منها:

الشرط الأول ـ أن تكون حصة الزارع من الحاصلات لأن المزارعة تنعقد شركة انتهاء فيجب أن يكون الاشتراك في الحاصلات ويفهم هذا الشرط من قول المجلة «من الحاصلات» فلذلك إذا عينت حصة الزارع بشيء غير الحاصلات فلا تصح المزارعة، مثلاً لو شرط أن يعطي الزارع كذا كيلة حنطة من غير حاصلات الأرض بل من محصول صاحب الأرض الخاص فلا تصح المزارعة

الشرط الثاني ـ يجب أن تشرط الحاصلات لأحدهما فقط ويفهم هذا الشرط من تعبير «جزءاً شائعاً» الوارد في هذه المادة فلذلك لو شرطت جميع الحاصلات لأحد العاقدين فتفسد المزارعة (الهندية ومجمع الأنهر)

الشرط الثالث ـ أن تكون حصة الزارع شائعة. ويتفرع عن هذا الشرط المسائل الآتية:

المسألة الأولى، لو شرط لأحد العاقدين أن يعطي من الحاصلات عشر كيلات مثلاً فتفسد المزارعة لأنه يحتمل أن لا تزيد الحاصلات عن ذلك المقدار وفي هذا الحال لا يحصل الاشتراك في الحاصلات

المسألة الثانية، لو شرط اعطاء حاصلات محل معين من الأراضي المعطاة مزارعة لأحدهما وأن تكون حاصلات المواضع الأخرى منها مشتركة لهما لا يصح لأنه يحتمل أن يحصل أي حاصلات في غير ذلك المحل المعين وانقطاع الشركة من أجل ذلك

المسألة الثالثة، لو شرط أن حاصلات المحل الفلاني من الأرض المعطاة من الأرض المعطاة مزارعة الذي يسقى من الجدول الفلاني هي لأحدهما وأن حاصلات المحل الآخر منها الذي يسقى

من جدول آخر للآخر فتكون المزارعة فاسدة لأنه يحتمل أن تحصل الحاصلات في أحدهما فيؤدي إلى قطع الشركة بينهما

المسألة الرابعة، لو شرط أن تكون الحاصلات مشتركة بينهما بعد أن يأخذ صاحب البذر مقدار بذره أو بعد تأدية الخراج الموظف على الأرض فتفسد المزارعة لأنه يحتمل أن لا تزيد الحاصلات عن مقدار البذر أو عن مقدار الخراج وانقطاع الشركة بينهما بذلك وأما إذا كان الخراج خراج مقاسمة فإذا كان الموضوع عليها نصف الخراج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع واشترطا دفعه لا تفسد المزارعة لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة

المسألة الخامسة، لو شرط أن يكون التبن لأحدهما والحب للآخر فتفسد المزارعة لأنه يحتمل أن تعرض آفة ولا يبقى محصول غير التبن وتنقطع الشركة بذلك

المسألة السادسة، لو شرط أن يكون التبن مشتركاً بينهما والحب لأحدهما فقط فتفسد المزارعة لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في الحب المقصود من الشركة

وكذلك إذا شرط أن يكون الحب مشتركاً بينهما والتبن للمزارع الذي لم يكن صاحب البذر فتفسد المزارعة لأنه خلاف مقتضى العقد أما لو شرط أن يكون الحب مشتركاً بينهما والتبن لصاحب البذر أو شرط أن تكون الحاصلات الباقية مشتركة بينهما بعد اعطاء عشر الأراضي العشرية فتصح المزارعة لأنه مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة فلو لم يشترط دفع عشر الأرض إن كان البذر من رب الأرض فعليه ولو من العامل فعليهما ولكن إذا شرط الاشتراك في الحب على الوجه المشروح ولم يتعرض للتبن فتصح المزارعة ويكون التبن مشتركاً بينهما اعتباراً للعرف (مجمع الأنهر ورد المحتار)

وقد قال بعض الفقهاء كصدر الشريعة أنه إذا لم يتعرض للتبن فيكون التبن لصاحب البذر

الشرط الرابع ـ أن تكون حصة الزارع من الحاصلات معينة وقد بين هذا الشرط في الكتب الفقهية بقولهم: يجب أن تعين حصة أحد العاقدين الذي لم يكن صاحب البذر صريحاً أو ضمناً وهذا البيان أكمل من بيان المجلة. وسبب هذا الشرط هو إذا كان العامل أي الزارع هو غير صاحب البذر فتكون الحصة التي سيأخذها أجرة عمله كما أنه إذا كان صاحب الأرض هو غير صاحب البذر فتكون حصته التي سيأخذها هي أجرة أرضه ويشترط أن تكون الأجرة معلومة حسب المادة (٤٥٠)

أما إذا بين نصيب العامل وسكت عن بيان حصة رب البذر فيجوز عقد المزارعة لأن رب البذر يستحق الحاصلات باعتبارها ناتج ملكه وليست أجرة وكذلك لو بينت حصة رب البذر ولم يبين نصيب العامل فتجوز استحساناً لأنه إذا بينت حصة رب البذر فيفهم أن الباقي للآخر وفي هذه الصورة تكون قد بينت حصة الآخر ضمناً (رد المحتار)

. فإذا لم تتعين حصته أي حصة الزارع وسكت عليها فلا تصح المزارعة أي إذا لم تعين حصة أحد العاقدين الذي لم يكن صاحب بذر فتفسد المزارعة سواء كان ذلك لعاقد هو الزارع أو

صاحب الأرض وقد فصل ذلك، أو تعينت حصة الزارع على اعطائه شيئاً من غير الحاصلات أو قطعت على مقدار كذا كيلة من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة. وهذه الفقرة تتفرع عن الفقرة الأولى بصورة اللف والنشر الغير المرتب أنظر المادة (١٤٣٧). (رد المحتار)

المادة (١٤٣٦) - (يشترط أن تكون الأرض صالحة للزراعة وأن تسلم للزارع)

يشترط أن تكون الأرض صالحة للزراعة في مدة المزارعة وأن تسلم للزارع وقد بين في هذه المادة شرطان:

الشرط الأول - أن تكون الأرض صالحة للزراعة لأن الريع المقصود أي الحاصلات لا تحصل إذا لم تكن الأرض صالحة للزراعة (مجمع الأنهر) فلذلك إذا كانت الأرض سبخة أي مالحة أو مستنقعاً لا ينبت النبات فيها لا تصح المزارعة (رد المحتار)

كذلك لو كان في الأرض قوائم قطن وكانت زراعتها غير ممكنة فتفسد المزارعة فيها للسبب المذكور ما لم تضف المزارعة إلى وقت فراغ فتصح في تلك الحال أما إذا سكت عن الإضافة فلا تجوز المزارعة

ولكن يجب تحري شرط صلاحية الأرض للزراعة في مدة المزارعة فقط كما ذكر في الشرح فلذلك لو كانت الزراعة غير ممكنة لعوارض على شرف الزوال كانقطاع الماء وقت المزارعة أو لوقوع العقد في موسم الشتاء وكانت الزراعة ممكنة في مدة المزارعة بحلول موسم الزراعة وعودة المياه فتصح المزارعة (عبد الحليم ورد المحتار)

المادة (١٤٣٧) - (إذا فقد شرط من الشروط المذكورة أعلاه تفسد المزارعة)

وقد فصلت شروط المزارعة في شرح عنوان الفصل الأول ويفهم من هذه التفصيلات ومن مواد هذا الفصل أن للمزارعة شروطاً على نوعين:

النوع الأول - شروط انعقادها وهي عبارة عن أهلية العاقدين كما هو مذكور في المادة (١٤٣٣) وفي صورة فقدان أحد الشروط المذكورة تبطل المزارعة وذلك لو كان العامل أو صاحب الأرض أو كلاهما صبياً غير مميز أو مجنوناً تبطل المزارعة وقد بين هذا في شرح المادة (١٤٣٣) المذكورة وقد ذكر في كتب البيع والإجارة والكفالة والحوالة أن العقود الغير الموجودة فيها شروط الانعقاد تكون باطلة.

النوع الثاني - شروط الصحة وقد ذكر في المواد (١٤٣٤ و ١٤٣٥ و ١٤٣٦) ووضحت

شرحاً وهي صلاحية الأرض للزرع وذكر المدة على قول ذكر جنس البذر أو تعميمه وذكر حصة العامل من الخارج وتسليم الأرض له وعدم قطع الشركة في الخارج وإذا لم يوجد أحد هذه الشروط التي هي من النوع الثاني فتفسد المزارعة

ويفهم من التفصيلات الآنفة أن المقصود في هذه المادة من الشروط المذكورة أعلاه الشروط التي من النوع الثاني

المادة (١٤٣٨) - (كيفما شرط العاقدان في المزارعة الصحيحة تقسم الحاصلات بينهما على ذلك الوجه).

لأن الالتزام والشرط في هذا الحال. أنظر المادة (٨٢) وذلك إذا كان مشروطاً تقسم الحاصلات مناصفة فتقسم وإذا كان مشروطاً تقسيمها ثلثاً وثلثين فتقسم حسب الشرط ولكن إذا لم تحصل حاصلات في المزارعة الصحيحة فلا يأخذ العامل شيئاً لأن العامل يستحق الحاصلات حسب الشركة فإذا لم تحصل حاصلات فلا تكون ثمة شركة (رد المحتار)

كون الحاصلات أمانة: وتكون الحاصلات والغلة في المزارعة أمانة في يد المزارع سواء كانت المزارعة صحيحة أو فاسدة فلذلك إذا تلفت الغلة المذكورة في يد المزارع بلا صنعة فلا يلزم ضمان أما إذا تلفت بصنعه أو تقصيره فيضمن وذلك لو تأخر المزارع في سقي الأرض وتلفت المزروعات فينظر فإذا أخر السقي التأخير المعتاد فلا يلزم ضمان وإذا أخره التأخير الغير المعتاد فيضمن حصة صاحب الأرض إذا كانت المزارعة صحيحة أما إذا كانت المزارعة فاسدة فلا يضمن (رد المحتار)[1]

ضمان الغرور في المزارعة: إذا استحقت الأرض المعطاة مزارعة فينظر فإذا استحقت بعد العمل وقبل الزراعة فلا يأخذ المزارع شيئاً من صاحب الأرض وإذا استحقت بعد الزرع فإذا كان البذر من العامل واستحق المستحق الأرض بدون الزرع فله قلع الزرع ولو كان الزرع نابتاً وغير مدرك. أنظر المادة (٩٠٧) وتكون مؤونة القلع على رافع الأرض وعلى المزارع مناصفة ثم يكون المزارع بعد ذلك مخيراً إن شاء رضي بنصف المقلوع وفي هذه الصورة لا يرجع على صاحب الأرض بشيء وإن شاء ترك المقلوع لصاحب الأرض ويضمن قيمة حصته لصاحب الأرض على اعتبار أن لها حق القرار في الأرض وإذا كان البذر من صاحب الأرض فالمزارع مخير أيضاً إن شاء رضي بنصف المقلوع وإن شاء رد المقلوع لصاحب الأرض ورجع على صاحب الأرض بأجر مثله على قول البلخي أو بقيمة المقلوع على رأي أبي جعفر أنظر المادة «٦٥٨». (رد المحتار)

---

(١) فإن أراد أن يطيب الخارج لهما يميزا نصيبهما ثم يصالح كل صاحبه بهذا القدر عما وجب عليه فإن لم يفعل فإن كان رب البذر صاحب الأرض لا يتصدق بشيء وإلا تصدق بالزائد عما غرمه من نفقة وأجر ولا يعتبر أجرة نفسه لعدم العقد منافعة لأنه صاحب الأصل الذي هو البذر «رد المحتار»

المادة (١٤٣٩) - (تكون جميع الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر فإذا كان الآخر صاحب الأرض فيأخذ أجرة أرضه وإذا كان الزارع فيأخذ أجر المثل)

تكون جميع الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر لأن الحاصلات المذكورة هي نماء ملك صاحب البذر فإذا كان الآخر صاحب الأرض فيأخذ أجرة أرضه أي أجر مثلها لأن صاحب البذر قد استوفى منافع أرضه بعقد فاسد. أنظر المادة (٤٦١) ويجب أن لا يتجاوز أجر المثل الأجر المسمى أي المقدار الذي شرطاه حين العقد عند الشيخين لأن صاحب الأرض قد رضي بهذا المقدار ونظيره في المضاربة. أنظر المادة (١٤٢٦) وأما عند الإمام محمد فيلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ (عبد الحليم) أنظر المادة (٤٦٢)

وبفهم من ذكر: أن الآخر يأخذ أجر المثل بصورة مطلقة أنه يأخذ أجر المثل سواء كانت حاصلات أو لم تكن (أبو السعود) لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة لعدم الخارج (رد المحتار) وإذا فسدت المزارعة بكونها من القسم الرابع من أقسامها المبينة في شرح المادة (١٤٣١) وهو كون الأرض والبقر من طرف فعلى صاحب البذر أن يؤدي أجر مثل الأرض والبقر معاً لأنه يكون قد استوفى منفعة الأرض والبقر بعقد ويقتضي لهما أجر المثل (مجمع الأنهر)[١]

المبحث الثالث

(في بيان أسباب انفساخ المزارعة)

المادة (١٤٤٠) - (إذا توفي صاحب الأرض والزرع أخضر فالزارع يداوم على العمل إلى أن يدرك الزرع وليس لورثة المتوفي منعه وإذا توفي الزارع فيقوم وارثه مقامه فإن شاء داوم على عمل الزراعة إلى أن يدرك الزرع وليس لصاحب الأرض منعه)

تنفسخ المزارعة بخمسة أسباب:

السبب الأول - تبطل وتنفسخ المزارعة بوفاة أحد العاقدين لأن المزارعة اجارة وتبطل الإجارة بوفاة أحد العاقدين إذا كان العاقد عاقداً لنفسه (الطوري)

وتوجد ثلاث صور في وفاة أحد العاقدين:

(١) أكار ترك السقي عمداً حتى يبس ضمن وقت ما ترك السقي قيمته ثابتاً في الأرض وإن لم يكن للزرع قيمة قومت الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما لوجوب العمل عليه فيها. شرط عليه الحصاد فتغافل حتى هلك ضمن إلا أن يؤخر تأخيراً معتاداً. ترك حفظ الزرع قبل الإدراك حتى أكله الدواب ضمن. وإن لم يرد الجراد حتى أكله ان أمكن طرده ضمن وإلا فلا (الدر المختار)

الصورة الأولى ـ أن يتوفى قبل الزرع فإذا توفي صاحب الأرض أو العامل قبل الزرع تبطل المزارعة كما أنه لو عقدت المزارعة لمدة ثلاث سنوات وتوفي صاحب الأرض بعد الزرع فتبطل المزارعة عن السنة الثانية والثالثة أما من أجل السنة الأولى فيعمل بموجب حكم هذه المادة. وإذا توفي صاحب الأرض قبل الزراعة وبطلت المزارعة من أجل ذلك فليس للعامل حق في أخذ أجرة مقابل العمل كالكراب وحفر الأنهار لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد والخارج فإذا لم يكن خارج فلا يكون هناك تقويم (مجمع الأنهر وأبو السعود)

وقد ذكر في شرح المادة (١٤٣٢) أنه إذا فسخ صاحب البذر المزارعة بعد أن كرب العامل الأرض فليس للعامل أن يطلب من القاضي الحكم له بأجرة مقابل عمله ولكن على صاحب البذر إرضاء العامل ديانة لأنه يكون في هذه المسألة قد غرر به من قبل صاحب البذر (الطوري)

الصورة الثانية ـ أن يتوفى بعد الزرع وأثناء ما يكون الزرع نابتاً وأخضر فإذا توفي صاحب الأرض بعد الزرع وأثناء ما كان الزرع نابتاً فيبقى عقد المزارعة مستمراً حتى ادراك الزرع استحساناً ويداوم الزارع على عمله وتقسم الحاصلات بين الزارع وبين ورثة صاحب الأرض وليس لورثة المتوفي أن يمنعوه من الاستمرار في عمله وفي إبقاء العقد يكون قد روعي حق الزارع وحق الورثة معاً أما إذا قلع الزرع فيوجب إبطال حق الزارع فأصبح إبقاء العقد أولى وإذا توفي الزارع فيقوم ورثته مقامه إن شاءوا استمروا على عمل الزراعة حتى إدراك الزرع وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك لأن العقد باق نظراً للوارث (الدر المنتقى)

وليس للوارث أخذ أجرة مقابل عمله لأن الوارث قام مقام العامل والعامل لا يستحق الأجرة (مجمع الأنهر)

وإذا لم يرغب وارث الزارع الاستمرار في عمل الزراعة وطلب قلع الزرع وهو أخضر فلا يجبر الوارث المذكور على العمل بل يكون صاحب الأرض مخيراً بالخيارات الثلاثة وذلك إما أن يوافق على القلع. أنظر المادة (١٠٦٩) وإما أن يبقى الزرع لنفسه ويدفع قيمة حصة الوارث له وإما أن يصرف القدر المعروف على الزرع بإذن القاضي ثم يرجع بعد ذلك على الوارث أي أنه يأخذ من الوارث جميع النفقة المذكورة لأن العمل لازم على العامل لبقاء العقد. أنظر شرح المادة (١٤٣١)

ولكن لا يتجاوز هذا المصرف في كل حال قيمة حصة الوارث (رد المحتار وعبد الحليم)

الصورة الثالثة ـ أن يتوفى بعد الزرع وقبل النبات وقد اختلف في هذه الصورة فقال بعض العلماء ببقاء عقد المزارعة أي أنه يجري حكم الصورة الثانية وقال بعضهم: ان المزارعة تفسخ أي أنه يجري فيها حكم الصورة الأولى (الطوري ورد المحتار)

إبقاء المزارعة جبراً: إذا انقضت مدة المزارعة ولم يدرك الزرع فتبقى المزارعة أيضاً لأن في

قلع الزرع ضرراً إلى وقت إدراكه بأجر المثل (مجمع الأنهر) وفي هذه الصورة يعطي المزارع لصاحب الأرض أجر مثل حصته لأنه قد استوفى منفعة بعض الأرض لانماء حصته حتى وقت الإدراك كما في الإجارة يعني إذا استأجر أرضاً فمضت المدة قبل الإدراك يبقى الزرع فيها إلى إدراكه بأجر المثل (رد المحتار) ويجب أن تؤدى نفقة الزرع بعد مدة المزارعة من العامل وصاحب الأرض بنسبة حصة كل واحد منهما من الحاصلات لأنها مشتركة بينهما. أنظر المادة (١٣٠٨) سواء كانت حصة كل واحد منهما قبيل النفقة التي تلزم قبل إدراك الزرع أو بعد إدراكه لأن العامل بعد مرور مدة المزارعة لا يكون مجبوراً على العمل أيضاً والعمل الذي كان مجبوراً على عمله بسبب العقد

أما المصارف التي تلزم قبل مرور مدة المزارعة فقد بين حكمها في شرح المادة (١٤٣١)

الخلاصة: توجد ثلاث صور في نفقة الزرع:

الصورة الأولى ـ المنفعة التي تكون قبل الإدراك وفي مدة المزارعة وهذه تجب على العامل. أنظر شرح المادة (١٤٣١)

الصورة الثانية ـ المنفعة التي تلزم قبل الإدراك وبعد انقضاء مدة المزارعة وهذه النفقة تؤدى بنسبة الاشتراك في الحاصلات. أنظر المادة (٨٨)

الصورة الثالثة ـ النفقة بعد الإدراك وهذه النفقة تؤدى من صاحب الأرض والعامل بنسبة حصة كل واحد منهما من الحاصلات كمصرف الحصاد والدراس. أنظر شرح المادة (١٤٣١) (رد المحتار)

لو دفع العامل أو صاحب الأرض المصرف الذي يعود على الأخر من نفسه أي بدون إذن القاضي أو اذن الآخر يكون متبرعاً وليس له حق المطالبة به. أنظر المادة (٧٧٥) وشرحها (مجمع الأنهر)

السبب الثاني ـ إذا فسخ صاحب البذر المزارعة فتنفسخ ولو كان بلا عذر. أنظر شرح المادة (١٤٣٢).

السبب الثالث ـ إذا فسخت المزارعة لأعذار تنفسخ كانفساخ الإجارة. أنظر الملحق الوارد في شرح المادة (٤٤٣) وهو لو ظهر دين على صاحب الأرض أحوجه لبيع الأرض المذكورة فتفسخ المزارعة قبل الزراعة وتباع الأرض المذكورة. أنظر المادة (٢١) كما أنها تفسخ أيضاً بعد الزراعة وقبل النبات لكن يجب أن يسترضي المزارع ديانة إذا عمل وفي الفسخ على هذه الصورة لا يحتاج إلى القضاء أو الرضاء عندبعض الفقهاء وعند الآخرين يحتاج لأحدهما وإذا كان البذر من العامل يضمن صاحب الأرض البذر عند أبي يوسف وعند محمد تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة ويضمن صاحب الأرض مقدار الزيادة التي أوجدها البذر. وقيل لا تباع لأن الإلقاء ليس باستهلاك حتى ملكه الوصي ونحوه

أما بعد النبات فلا تفسخ المزارعة وتباع الأرض لأن حق المزارع تعلق بها حتى لو أجاز جاز

(الدر المختار) ولو باع بعد الزرع بلا عذر توقف على إجازة المزارع فإن لم يجزه لم تفسخ حتى يستحصد أو تمضي المدة (رد المحتار)

السبب الرابع ـ إذا مرض المزارع أو أراد السفر أو الاشتغال في صنعة أخرى فتفسخ المزارعة أيضاً (رد المحتار)

السبب الخامس ـ إذا كان المزارع خائناً وخيف من سرقة الحاصلات فللطرف الآخر فسخها وتنفسخ بالفسخ

الفصل الثاني

(في بيان المساقاة ويحتوي على ثلاثة مباحث)

المبحث الأول

(في بيان تعريف المساقاة وركنها)

معنى المساقاة لغة وشرعاً واحد وهو المبين في المادة الآتية وتسمى بلغة المدينة معاملة وإنما أوثر على المعاملة لأنها أوفق بحسب الاشتقاق لما فيها من السقي والمفاعلة على غير بابها (الطحاوي)

وقد جوزت المساقاة بالسنة الشريفة وللاِحتياج إليها

السنة ـ قد ساقى النبي الكريم عليه السلام أهل خيبر[1]

احتياج الناس إليها ـ والناس محتاجون إلى المساقاة (الطوري ومجمع الأنهر) وذلك أن لبعض الناس أشجاراً ولا يكون مقتدراً على العمل ويكون بعضهم مقتدراً على العمل ولا يكون له أشجار ولأجل تنظيم مصالح هذين الصنفين وتأمين منفعتهم قد مست الحاجة للمساقاة. أنظر المادة (١٧)

المادة (١٤٤١) ـ (المساقاة هي نوع شركة على أن تكون الأشجار من طرف والتربية من طرف آخر وأن يقسم الثمر الحاصل بينهما)

إيضاح القيود:

١ ـ على أن تكون الأشجار من طرف، ويخرج بهذا التعبير البيع لأن البيع عبارة عن تمليك العين

(١) ورد في الأحاديث في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر وهي كالمزارعة حكماً وخلافاً وهو الصحة على المفتى به «الطحطاوي»

والأشجار جمع شجر والمراد من الشجر هنا النبات الذي يبقى في الأرض أكثر من سنة فلذلك تجوز المساقاة في البرسيم والصبغة الحمراء وبصل الزعفران والرطاب وأصول الباذنجان والكراث والرمان والعنب والسفرجل وشجرة الجوز المحتاجة للسقي والحفظ (رد المحتار والخانية) كما أنه تجوز المساقاة في قثاء البطيخ

مثلاً لو ساقى أحد آخر على أصول الرطبة فإذا عرف وقت أول جزة فتصح المساقاة وإذا كانت غير معلومة فتفسد لأنه لا نهاية للرطبة فهي تتزايد ساعة فساعة على مرور الزمان ما دامت في الأرض (الخانية)

كذلك لو ساقى على الرطبة التي حل جذاذها على شرط أن يقوم العامل لحين خروج البذر وعلى أن يكون البذر عند خروجه مشتركاً مناصفة بينهما فتصح هذه المساقاة بلا بيان المدة أما إذا شرطت الشركة في نفس الرطبة فتكون فاسدة لأنه قد شرطت الشركة في شيء لم يَنْمُ بعمل العامل (رد المحتار) وسيفصل هذا قريباً

ويفهم من ذكر الأشجار بصورة مطلقة أنه تجوز المساقاة سواء في الأشجار المثمرة كالنخيل والأعناب أو الغير المثمرة

فلذلك تجوز المساقاة في الحور[1] والصفصاف (شجر الخلاف)[2] والغيضة اللاتي لا ثمر لها ولو لم تسم المدة فتنصرف إلى جزة

وقد أشير بعبارة «أشجار» إلى عدم جواز المساقاة في الأغنام والدجاج وبذر الفيلق أي دود الحرير وفي النخل

مثلاً لو أعطى أحد بذر الفيلق لآخر لاعلافه بورق التوت على أن تكون الحاصلات مشتركة بينهما فلا يصح وتكون الحاصلات لرب البذر ويأخذ الآخر قيمة أوراقه وأجر مثل عمله (رد المحتار)

٢ ـ والتربية من طرف آخر، ويخرج بهذا التعبير الإجارة لأن المأجور في الإجارة هو انتفاع المستأجر ولا يسلم المأجور للمستأجر ليعلم فيه

٣ ـ الثمر، ويخرج بهذا التعبير المزارعة (الطوري) والمقصود من الثمر محصول الأشجار والشيء المقصود من الأشجار، وقد ورد في القهستاني أن المراد من الثمر ما يتولد منه، فيتناول الرطيب وغيرها. وهذا يفيد أنه يشترط أن يكون الشجر المساقي عليه يتولد منه شيء (الطحطاوي)

فلذلك يجوز اعطاء شجر الصفصاف مساقاة للاحتطاب (عبد الحليم ورد المحتار) وفيه أن التعريف مصرح بالثمر إلا أن يقال أن ذكره بناء على الغالب

---

(١) هو شجر لا ثمر له (الطحطاوي)

(٢) على صيغة ضد الوفاق (الطحطاوي)

ويفهم من المسألة في شرح المادة (١٤٣٦) أن الزرع إذا نبت ولم يدرك تجوز المساقاة عليه

٤ ـ التربية، ويستفاد من هذا التعبير أنه يجب لصحة المساقاة أن يكون الشجر في حالة إذا لم يحافظ عليه ويربى يتلف الثمر أو في حالة لا يظهر. وبتعبير آخر أنه يجب أن يرد العقد على شيء في حد النمو حتى يتزايد في نفسه بعد العمل، لو كانت شجرة تعطى ثمرها بدون حاجة لحافظ أو مرب فلا تجوز المساقاة فيها لأن العامل إنما يستحق الحاصلات بعمله ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، ولو جازت المساقاة بعد الإدراك في هذه الصورة فيوجب ذلك استحقاق العامل للحاصلات بلا عمل ولم يجوز الشرع ذلك «الطوري ورد المحتار»

فلذلك لا تجوز المساقاة في الأثمار المدركة أي التي هي في حالة لا تزيد بالعمل ولا يكون للعامل حصة فيها، فلذلك لو سبق للعامل خدمة في تلك الأشجار حسب المساقاة فيأخذ العامل أجر مثله فقط (الخانية) ومن الشروط أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمر معاملة مما يزيد ثمرته بالعمل فإن كان المدفوع بخلافه طلع أو بسرقد أحمر أو أخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وإن كان قد تناهى عظمه إلا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة ويكون الخارج كله لصاحب النخلة «الطحطاوي»

التربية، ومعناها العمل والمقصود من العمل الشامل للحفظ فلذلك إذا ساقى أحد على كرمه شخصاً فإذا كان ذلك الكرم غير محتاج للعمل غير الحفظ فينظر: فإذا كان في حالة يتلف فيها إذا لم يحافظ عليه فتجوز المساقاة ويعد الحفظ زيادة في الثمر وإذا كان غير محتاج للحفظ فلا تجوز المساقاة ولا يكون للعامل حصة في الثمر. والأصل أن الثمر والزرع متى كان في حد الزيادة تصح المساقاة وإلا فلا «الطحطاوي»

فكذلك لو أعطى أحد نخيله مساقاة لآخر فينظر فإذا كان الثمر في حال الازدهار أو أخضر فهو جائز وإذا احمر البلح ولم يتناه عظمه فيجوز أيضاً وإذا تناهى عظمة وكان في حالة لا يتضخم فتفسد المساقاة ولو لم يَحْلُ ويكون كل الثمر لصاحب النخل ويأخذ الآخر أجر مثله

والحكم في العنب والفواكه الأخرى والزرع على المنوال المشروح فتجوز في الزرع قبل إدراكه وقت الحصاد ولا تجوز بعد إدراكه الحصاد (رد المحتار)

والتربية كالسقي والتلقيح والحفظ ويستفاد من ذلك أن هذه الأعمال تجب على العامل

وتقسم الأعمال إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول ـ الأعمال التي يقام بها حتى إدراك الأثمار فهذه الأعمال تجب على العامل خاصة وإذا شرط العمل على صاحب الأرض فتفسد المساقاة «الهندية في الباب الأول من كتاب المعاملة ورد المحتار». والأصل أن كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ وتلقيح النخيل فعلى العامل «الطحطاوي»

القسم الثاني ـ الأعمال التي تكون بعد الإدراك وقبل القسمة كالجذاذ والحفظ وهذه الأعمال تلزم الإثنين بالاشتراك. والأصول أن كل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقين وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب الغراس ونحو ذلك على قدر حقهما وكذلك الجذاذ والقطاف (الطحطاوي)

القسم الثالث ـ الأعمال التي تكون بعد الإدراك وبعد القسمة فيدفع كل واحد منهما نفقة حصته لأنه في هذا الحال قد تميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر (الدر المختار ورد المحتار)

ولما كان الحفظ لازماً على العامل على الوجه المشروح فلو ترك العامل حفظ الكرم أخذه مساقاة يضمن لأن العرف يقضي بذلك (رد المحتار)

وإذا عمل العامل مدة ثم ترك العمل وأدرك الثمر بعد ذلك فجاء وطلب حصته من الحاصلات ينظر فإذا كان للثمر قيمة وقت تركه العمل فله طلب حصته من الثمر عن ذلك الزمن، أما إذا كان لا قيمة للثمر عند تركه العمل فليس له طلب شيء (رد المحتار)

٥ ـ الأشجار من طرف والتربية من طرف آخر، ويفهم من هذا القول أنه لو أعطى أحد حصته من الشجر لشريكه مساقاة وشرط أن يأخذ حصته أكثر من حصة الشريك لا يصح لأنه شريك فيقع العمل لنفسه أصالة ولغيره تبعاً

وإذا فسدت هذه المساقاة تكون الحاصلات بينهما بحسب ملكهما. مثلاً لو كان كرم مشجراً مشتركاً بين اثنين مناصفة وأعطى أحدهما حصته للآخر مساقاة وشرط أن يكون ثلثا الحاصلات للعامل والثلث للساكت فتكون المساقاة فاسدة وتقسم الحاصلات بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه

أما إذا لم يشرط اعطاء حصة زائدة لأحدهما بل شرط الاشتراك في الثمر بنسبة ملكهما فيصح «الهندية في الباب الأول من كتاب المعاملة»

أسئلة وأجوبة:

س (١) ـ يوجد بعض بقول الإسفناخ والكراث لا يبقى في الأرض نصف سنة مع كونهما تجوز المساقاة فيهما فيخرج هذان عن تعريف الشجر الذي عرف آنفاً؟

الجواب ـ قد وردت المساقاة في الأثر عن النخل والكرم فكان هذا التعريف مبنياً على ظاهر الأثر

س (٢) ـ لو أعطى أحد أرضه لآخر ليغرسها فسائل أشجار على أن تكون مشتركة بينهما جاز ولصاحب الأرض عند انقضاء مدة هذه المعاملة أن يطلب من العامل قلع أشجاره وليس له أن يتملك الأشجار بدون رضاء العامل إذا لم يضر القلع بالأرض فإذا كان يضرها ضرراً فاحشاً فله أن يتملكها بغير رضاه (الطوري) وفي هذه المسألة لا توجد أشجار من طرف بل توجد أرض؟

الجواب ـ جواب السؤال الأول هو جواب لهذا السؤال أيضاً

فرع ـ ليس للمساقي أن يساقي غيره لأن الدفع إلى غيره اثبات للشركة في مال غيره بغير إذنه فلا يصح أما إذا أذنه صاحب الأشجار صراحة أو قال له: اعمل برأيك في هذا الحال له أن يساقي آخر (الطحطاوي)

المادة (١٤٤٢) ـ (ركن المساقاة الإيجاب والقبول فإذا قال صاحب الأشجار للعامل: أعطيتك هذه الأشجار على وجه المساقاة على أن تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل أي الشخص الذي سيربي تلك الأشجار تنعقد المساقاة)

ركن المساقاة الإيجاب والقول كركن سائر العقود فإذا قال صاحب الأشجار للعامل: أعطيتك هذه الأشجار على وجه المساقاة على أن تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل أي الشخص الذي سيربي تلك الأشجار على ذلك الوجه تنعقد المساقاة (الطوري) ولا تنعقد المساقاة بدون الإيجاب والقبول. مثلاً: لو رمى الريح بذر أحد في عرصة آخر وحصل من ذلك البذر فسائل أشجار فتكون تلك الفسائل لصاحب الأرض لأنه لا قيمة للبذر

وكذلك لو سقط بذر شجر خوخ أحد في عرصة أحد ونبت فتكون الفسيلة لصاحب العرصة لأنه لم ينبت بذر الخوخ إلا بعد ذهاب اللحم وليس له قيمة بعد ذلك (رد المحتار)

وصفة المساقاة لزومها من الجانبين وفي المزارعة غير ذلك لأن لرب البذر حق الفسخ قبل القاء البذر (رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٤٣٢ و ١٤٤٠)

المبحث الثاني

(في بيان شروط وأحكام المساقاة)

وشروط المساقاة كشروط المزارعة وهي أهلية العاقدين وبيان نصيب العامل وتخلية الأشجار وتسليمها للعامل والشركة في الخارج ولكن ليست المساقاة كالمزارعة في أربعة شروط أي أن الشروط الأربعة مشروطة في المزارعة وغير مشروطة في المساقاة وهي:

١ ـ إذا امتنع العامل يجبر على العمل لأنه لا ضرر عليه في العمل أما إذا امتنع رب البذر عن العمل في المزارعة فلا يجبر

٢ ـ إذا انقضت مدة المساقاة فتترك الأشجار في يد العامل بلا أجر لأن الشجرة لا يجوز استئجارها أما إذا انقضت مدة المزارعة فتترك الأرض في يد المزارع بأجر لأن الأرض يجوز استئجارها

٣ ـ إذا ضبط النخيل أو الأشجار بالاستحقاق وكان عليها ثمر فللعامل الرجوع على صاحب

الأشجار بأجر مثل عمله ولو لم يخرج شيء من الثمر لا يجب شيء للعامل، أما في المزارعة فيرجع بقيمة الزرع

٤ ـ لا يشترط استحساناً في المساقاة بيان مدة المساقاة للعملم بوقتها عادة (الطحطاوي ورد المحتار) وبيان المدة في المزارعة شرط على قول

المادة (١٤٤٣) ـ (يشترط أن يكون العاقدان عاقلين ولا يشترط بلوغهما)

يشترط في صحة المساقاة أهلية العاقدين أي أن يكونا عاقلين فلذلك تبطل مساقاة الصبي الغير المميز والمجنون

ولا يشترط بلوغهما وعليه فللصبي المميز أن يعقد عقد المساقاة فإذا كان مأذوناً نفذ العقد وإذا كان غير مأذون كان موقوفاً على اجازة وليه كما في المزارعة. أنظر المادة (١٤٣٣)

المادة (١٤٤٤) ـ (يشترط في عقد المساقاة تعيين حصة العاقدين من الحاصلات جزءاً شائعاً كالنصف والثلث كما في المزارعة)

يلزم وجود ثمانية شروط لعدم فساد المساقاة:

الشرط الأول ـ يشترط في عقد المساقاة تعيين حصة العاقدين من الحاصلات جزءاً شائعاً كالنصف والثلث كما في المزارعة ومبين في المادة (الـ ١٤٣٥)

ويذكر في هذا أربعة أنواع من الشروط:

أولها ـ أن تكون الحصة من الحاصلات وبتعبير آخر أن يكون اشتراك العامل فيما يعمل فلذلك لو تقاول أحد على أن يغرس أرضه شجراً وعلى أن يكون الشجر مشتركين بينهما لا يصح لأنه قد اشترط الاشتراك في الأرض الموجودة قبل الشركة (الدر المختار) والثمر والغرس لرب الأرض تبعاً لأرضه وللآخر قيمة غرسه يوم الغرس وأجر مثل عمله لأنه ابتغى بعمله أجراً وهو نصف الأرض ونصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه أجر مثله وفيه إشارة إلى أنه لو دفعها للغرس على أن يكون الشجر بينهما يصح وإلى أنه لو شرط أن الثمر أو الشجر والثمر بينهما يصح (الطحطاوي)

وكذلك لو أعطى أحد لآخر أشجار نخيل أو أعناب مساقاة على أن تكون الأشجار وحاصلاتها مشتركة بينهما لا يجوز لاشتراطهما الشركة فيما هو حاصل بغير عمله وهو الشجر فلا يجوز كما لو دفع أرضاً مزارعة على أن تكون الأرض والزرع بينهما نصفين (الخانية)

وكذلك لو شرط أن تكون الحاصلات بينهما مشتركة وعلى أن يعطي أحد العاقدين لآخر كذا درهماً أيضاً لا يصح

ثانيها ـ أن تكون حصة العاقدين من الحاصلات جزءاً أي أن تكون الحاصلات مشتركة فلذلك لو شرطت الحاصلات لأحدهما كانت فاسدة

ثالثها ـ أن تكون الحصة مشاعاً فلذلك لو شرط لأحدهما كذا مقداراً من الحاصلات وأن يكون الباقي للآخر تكون فاسدة

رابعها ـ أن تكون الحصة معينة

فلذلك لو قال صاحب الشجر للعامل: ان حصتك من الحاصلات الثلث أو الربع بالترديد تفسد كما في المزارعة أيضاً. أنظر المادة (١٤٣٥) وشرحها (الهندية في الباب الأول من كتاب المعاملة بزيادة والطحطاوي)

ويجوز تزييد الحصة أيضاً أي يمكن تزييد الحصة التي بينت أثناء عقد المساقاة وذلك كل موضع محتمل لانشاء العقد محتمل للزيادة

مثلاً لو أعطى أحد كرماً لآخر مساقاة على أن تكون الحاصلات مشتركة مناصفة بينهما فإذا شرط العامل بعد ذلك أن يكون ثلثا الحاصلات لصاحب الكرم جاز سواء كانت الحاصلات بارزة وناضجة أو لم تكن لأنه يكون قد أسقط حق نفسه. أما إذا زاد صاحب الكرم حصة العامل فإذا كانت الحاصلات ناضجة فهو غير جائز لأن ذلك يكون هبته المشاع (رد المحتار)

أما إذا لم تنضج فالزيادة جائزة من الطرفين (رد المحتار)

الشرط الثاني ـ أن يكون الثمر في حالة يمكن معها تزايده بالعمل. أنظر شرح المادة (١٤٤١) (الطوري)

الشرط الثالث ـ أن لا تذكر مدة لا يمكن فيها خروج الثمر فلذلك لو أعطيت المساقاة وعين فيها المدة قبل الشتاء إلى الربيع تفسد المساقاة (الخانية)

الشرط الرابع ـ أن لا يشترط العمل والتربية أو أحدهما على صاحب الشجر. أنظر شرح المادة الآتية

الشرط الخامس ـ أن لا يشترط أشياء على العامل فقط كالحمل والحفظ بعد تقسيم الحاصلات أنظر شرح المادة (الـ ١٤٤١)

الشرط السادس ـ أن لا يشترط الجذاذ والقطاف على العامل فقط. أنظر شرح المادة (١٤٤١)

الشرط السابع ـ أن لا يشرط على العامل الذي تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المساقاة كالسرقين ونصب العريش وغرس الأشجار وتقليب الأرض لأنه لا يقتضيها العقد ولا هي من ضرورات المعقود عليه ومقاسمه

الشرط الثامن ـ أن لا تكون الأشجار من الطرفين. أنظر شرح المادة (١٤٤١) (الهندية في

الكتاب الأول من باب المعاملة)

المادة (١٤٤٥): (يشترط تسليم الأشجار إلى العامل).

ويشترط أن تكون الأشجار صالحة للإثمار كما في المزارعة. أنظر المادة (الـ ١٤٣٦) ولذلك لو شرط شرط يخل بهذا الشرط تفسد المساقاة وذلك لو شرط التربية والعمل عليها أو شرط ذلك على صاحب الشجر تفسد المساقاة (الهندية)

وكذلك لو عقدت المساقاة على غرس غير صالح للأثمار فهي غير جائزة ما لم يذكر ويبين مدة المساقاة ويكون ممكناً حصول الثمر في تلك المدة المبينة لأنه يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتاً فاحشاً ولا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى تذهب أصولها ونبتها لأنه لا يعرف متى تنقطع النخيل أو الرطبات لأن الرطبة تنمو ما دامت في الأرض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة ما لم تبين مدة المساقاة ويكون ممكناً خروج الثمر في مدة المساقاة

وكون الشجر صالحاً للأثمار لا يعني أن تكون الشجرة قد أخرجت ثمراً لأنه إذا كانت الشجرة لم تخرج ثمرها حين التسليم ولكنها كانت صالحة للأثمار في موسم الإثمار فتجوز المساقاة فيها بلا بيان المدة وتصرف المساقاة إلى أول ثمرة تخرج منها (رد المحتار)

مدة المساقاة، ولا يشترط ذكر مدة المساقاة لأن مدة المساقاة معلومة عادة وذلك لأن لادراك الثمر وقتاً معيناً ولا يتفاوت إلا قليلاً والحكم في المزارعة أيضاً على هذا الوجه كما بين في شرح المادة (١٤٣٠) أما إذا لم تبين المدة في الغرس الذي لم يصل إلى حالة الإثمار بعد فلا تجوز المساقاة فيه بلا بيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتاً فاحشاً فلا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى تذهب أصولها ونبتها لأنه لا يعرف متى ينقطع النخيل أو الرطبات لأن الرطبة تنمو ما دامت في الأرض فتكون المدة مجهولة وتفسد المساقاة

وإذا لم تبين مدة المساقاة فتصرف المدة المذكورة إلى أول سنة تثمر في تلك الأشجار هذا إذا كانت المساقاة على الثمر لأن المتيقن هو هذا المقدار من المدة أما ما يزيد عن ذلك فهو مشكوك فإذا كان في الرطبة فيصرف إلى إدراك بذر الرطبة هذا إذا كانت الرغبة في بذر الرطبة وهذا إذا انتهى جذاذها كما قيد في العناية وإلا كان المقصود ويقع على أول جزة الرطبة (الفتح) والرطبة على وزن كلبة، القضيب ما دام رطبا والجمع رطاب على وزن كلاب وقيل جميع البقول وأهل مصر يسمونها البرسيم ويابسها ادريساً

وإذا لم يتبين مدة المساقاة على هذا الوجه وصرفت المساقاة إلى أول سنة فإذا لم يخرج ثمراً في تلك السنة فتفسد المساقاة كما أنه إذا بينت مدة لا يمكن فيها بروز الثمر تفسد المساقاة أيضاً وإذا كانت المدة المبينة يحتمل فيها خروج الثمر وعدم خروجه فتكون صحيحة لعدم التيقن لفوات

المقصود بل هو متوهم في كل مزارعة ومساقاة بأن يصطدم الزرع أو الثمر بآفة سماوية وفي هذه الصورة إذا خرج الثمر في المدة المذكورة فيقسم الثمر على الوجه المشروط لصحة العقد هذا إذا كان الخارج يرغب فيه وإن لم يرغب بمثله في المعاملة فلا يجوز لأن وجود وعدم ما لا يرغب فيه سيان وإن لم يخرج النخيل شيئاً في المدة المضروبة ينظر : أن أخرجت بعد مضي تلك المدة في تلك السنة فالمعاملة فاسدة وإن لم تخرج في تلك السنة لعلة حدثت بها فالمعاملة جائزة ولا شيء لكل منهما على صاحبه

وإذا بينت مدة المساقاة وبرز بعض الأثمار ولم يبرز البعض فالعامل يكون شريكاً في الثمر البارز في مدة المساقاة ولا يكون شريكاً في الثمر البارز بعد المدة وإذا لم يبرز الثمر في المدة المبينة وتأخر عنها فتفسد المساقاة ويكون للعامل حق في أخذ أجر المثل ليدوم عمله إلى ادراك الثمر أي إذا علم أن له أجر المثل دام على عمله أما إذا لم يظهر ثمر مطلقاً فلا يطرأ على العقد خلل وليس لأحدهما مطالبة الآخر بشيء (رد المحتار والخانية والطحطاوي والدرر)

وإذا بينت مدة يظهر فيها الثمر وانقضت قبل ادراك الثمر فتترك الأشجار في يد العامل بلا أجر ويجب على العامل أن يعمل بعد ذلك بلا أجر إلى انتهاء الثمر لأنه يجوز استئجار الأشجار مع أنه في المزارعة يلزم أجر مثل الأرض بعد انقضاء مدة المزارعة كما أنه يجب على العاقدين في عقد المزارعة دفع المصاريف بنسبة حصصهما (رد المحتار) أنظر شرح المبحث الثاني الآنف الذكر

المادة (١٤٤٦) - (يقسم الثمر في المساقاة الصحيحة بين العاقدين على الوجه الذي شرطاه)

للمساقاة الصحيحة ستة أحكام:

أولها - يقسم الثمر في المساقاة الصحيحة بين العاقدين على الوجه الذي شرطاه. أنظر المادة (٨٣)

ثانيها - إذا لم يحصل ثمر فليس لأحدهما مطالبة الآخر بشيء

ثالثها - لزوم عقد المساقاة من الجانبين فلذلك ليس لأحد الطرفين فسخ المساقاة بدون رضاء الآخر كما أنه ليس للعامل الامتناع عن العمل ما لم يكن له عذر. أنظر شرح المادة (١٤٤٨)

رابعها: جواز الجبر بناء على طلب الآخر إذا امتنع العامل عن العمل ولم يكن للعامل عذر

خامسها - جواز الزيادة والحط أيضاً على المقدار المشروط من الحاصلات. أنظر شرح المادة «١٤٤٤»

سادسها - عدم اقتدار العامل على اعطاء تلك الأشجار مساقاة لآخر ما لم يفوضه صاحب الأشجار بذلك بقوله له: اعمل برأيك «الهندية في الباب الأول من المعاملة». أنظر شرح المادة (١٤٤١)

المادة (١٤٤٧) ـ (يكون الثمر الحاصل من المساقاة الفاسدة بتمامه لصاحب الأشجار ويأخذ العامل أجر المثل أيضاً)

للمساقاة الفاسدة ثلاثة أحكام:

أولها ـ يكون الثمر الحاصل من المساقاة الفاسدة بتمامه لصاحب الأشجار لأنه نماء ملكه ويأخذ العامل أجر المثل ولو لم يحصل أي ثمر لأنه بمعنى الإجارة كالمزارعة إذا فسدت

ثانيها ـ أن لا يجبر العامل على العمل

ثالثها ـ أن يلزم أجر هذا بالغاً ما بلغ فيما إذا كان فساد عقد المساقاة ناشئاً عن عدم تعيين الحصص حين عقد المساقاة وإذا كان بسبب آخر فعند أبي يوسف لا يتجاوز أجر المثل الأجر المسمى وعند محمد يلزم بالغاً ما بلغ (الهندية)

المبحث الثالث

(في بيان أسباب انفساخ المساقاة)

المادة (١٤٤٨) ـ (إذا مات صاحب الأشجار والثمر غير ناضج يستمر العامل على العمل إلى أن ينضج الثمر وليس لورثة المتوفي منعه، وإذا مات العامل فيقوم وارثه مقامه فإن شاء استمر على العمل ولا يجوز لصاحب الأشجار منعه)

تنفسخ المساقاة بستة أسباب:

(١ و ٢) بوفاة أحد العاقدين (٣) بانقضاء مدة المساقاة (٤) باستحقاق الأشجار (٥) بفسخ أحد العاقدين بعذر (٦) باقالة الطرفين عقد المساقاة لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة

إيضاح السببين الأول والثاني: إذا توفي العامل أو صاحب الشجر قبل عمل العامل وقبل بروز الثمر تبطل المساقاة

وأما إذا توفي صاحب الشجر والثمر غير ناضج فتبقى المساقاة دفعاً للضرر إلى حين نضوج الثمر ويستمر العامل على عمله وليس لورثة المتوفي منعه عن عمله إضراراً به مع أنه لا ضرر على الورثة في الاستمرار على العمل فأبقى عقد المساقاة استحساناً إزالة للضرر

أما إذا قبل العامل بضرر نفسه ولم يقبل الاستمرار على العمل وطلب قطع الثمر وهو غير ناضج فيكون الورثة مخيرين بثلاثة خيارات وذلك إن شاءوا اتفقوا مع العامل واقتسموا الثمرة الغير الناضجة على الوجه المشروط. أنظر المادة (١٠٦٩) لأن ابقاء العقد كان لدفع الضرر عنه فإذا

رضي به انتفض العقد. وإن شاءوا أدوا للعامل قيمة حصته من الثمر الغير الناضج وأخذوا جميع الثمر لهم. وإن شاءوا صرفوا بإذن القاضي على الثمر حتى نضوجها ويرجعون بعدذلك على العامل بذلك المصرف أما إذا صرفوا بلا أمر القاضي فليس لهم الرجوع أنظر شرح المادة (١٣٢٠) ولكن لا يجوز أن يتجاوز هذا المصرف حصة العامل من الثمر ويلزم جميع هذا المصرف العامل أنظر شرح المادة (١٤٤١)

وإذا توفي العامل فتبقى المساقاة أيضاً استحساناً ويقوم وارثه مقامه إن شاء يستمر على العمل حتى نضوج الثمر ولا يحق لصاحب الأشجار منعه لأنه نظر في ذلك إلى الجانبين وإذا امتنع الوارث عن الاستمرار على العمل فلا يجبر على العمل ولكن يكون صاحب الشجر مخيراً بأحد الوجوه الثلاثة الآتية:

١ ـ إن شاء اقتسم الثمر الغير الناضج مع الوارث على الوجه المشروط

٢ ـ وإن شاء أدى للوارث حصته من قيمة الثمر الغير الناضج

٣ ـ وإن شاء يصرف قدراً معروفاً بإذن القاضي ويستمر على العمل ويأخذ المصرف بعد ذلك من الوارث ولكن لا يتجاوز هذا المصرف في أي حال حصته من الثمر وإذا توفي كلاهما فيكون ورثة العامل مخيرين على الوجه المذكور آنفاً لأنهم يقومون مقام العامل وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مستحق له وهو ترك الأثمار على النخيل إلى وقت الإدراك وإن أبوا أن يقيموا عليه كان الخيار لورثة صاحب الأرض على ما وصفناه (الطحطاوي) وإذا امتنع ورثة العامل عن العمل فيكون ورثة صاحب الأشجار مخيرين على الوجه المذكور أعلاه (رد المحتار والطورى)

إيضاح السبب الثالث: إذا تمت مدة المساقاة تنفسخ المساقاة أما إذا انقضت مدة المساقاة ولم ينضج الثمر فيستمر العامل على العمل ولا يجب على العامل إعطاء أجر مثل الشجر عن المدة التي تلت انقضاء مدة المساقاة لأنه لا يرد عقد الإجارة على الشجر ويكون كل العمل بعد مرور المدة على العامل أما في المزارعة فيلزم أجر مثل الأرض ويجب العمل على كليهما. أنظر شرح المادة (١٤٤٠) وفي هذا الحال إذا امتنع العامل عن العمل فيكون صاحب الشجر مخيراً على الوجه المبين أعلاه، وإن لم يمت أحدهما بل انقضت مدة المساقاة فالخيار للعامل إن شاء عمل على ما كان حتى يبلغ الثمر وإن شاء لم يعمل وله أجر مثلي عمله فيما مضى على ما يظهر (الطحطاوي)

إيضاح السبب الرابع: إذا استحق الشجر المساقي عليه وفسخ المستحق المساقاة تنفسخ وفي هذه الصورة ينظر: فإذا كان الاستحقاق حصل بعد ظهور الثمر فللعامل أجر مثله من صاحب الشجر أنظر المادة (٦٥٨) وإذا كان قبل ظهور الثمر فلا يأخذ العامل شيئاً (رد المحتار)

إيضاح السبب الخامس: تفسخ المساقاة ببعض الأعذار كما تفسخ الإجارة وذلك (أولاً) إذا

كان العامل سارقاً ومعروفاً بالسرقة وخيف من سرقته للحاصلات ومن قطعه الأغصان وسرقتها فلصاحب الشجر فسخ المساقاة دفعاً للضرر عن المالك لأنه يلحقه بالسرقة ضرر (ثانياً) إذا مرض العامل قبل إدراك الثمر وعجز عن العمل فتفسخ المساقاة (الهندية قبيل الباب الثاني من كتاب المعاملة ورد المحتار والطوري) لأنه يلحقه ضرر بالزامه من يعمل بالأجرة من يعلم بالأجرة وقيدنا بكونه قبل الإدراك لأنه بعده تكون انتهت المعاملة فلا يمكن الفسخ ولو أراد ترك العمل لم يمكن في الصحيح وقيل ذلك في رواية (الطحطاوي)

(ثالثاً) إذا أراد العامل السفر وفسخ المساقاة تنفسخ (الطحطاوي)

إيضاح السبب السادس: وتنفسخ المساقاة أيضاً باقالة الطرفين (الهندية)



الكتابُ الحادي عَشَر

الوكَالة



الوكالة

الحمدلله الجميل، وحسبنا الله ونعم الوكيل، وهو الولي الجليل

الكتاب الحادي عشر
في الوكالة ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب

مشروعية الوكالة ثابتة بالكتاب والسنة واجماع الأمة وبالعقل

الكتاب: قوله تعالى﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾والآية الكريمة قد ذكرت حكاية عن أصحاب الكهف، وهعا البعث كان بطريق الوكالة، وشرع من قبلنا لنا إذا قصة الله تعالى ورسوله من غير انكار ولم يظهر نسخه، والورق ـ بكسر الراء ـ هي الفضة المضروبة[1]

السنة السنية: هي عبارة عن فعل الرسول. فقد وكل الرسول الأكرم ﷺ حكيم بن حزام لشراء أضحية.

الإجماع: قد انعقد اجماع الأمة على جواز الوكالة (تكملة رد المحتار)

العقل: لما كان الإنسان يعجز عن مباشرة أموره أحياناً، فيحتاج إلى الوكيل (الجوهرة) أنظر المادة (١٧)

مثلاً: لو كانت الوكالة غير مشروعة وكان كل مجبراً على القيام بأموره بالذات فيلزم مثلاً أن يذهب الدائن لاستيفاء دينه إلى محل مدينه البعيد عنه مسافة السفر، وبهذا التقدير قد ينفق نفقات سفر أكثر مما يسعى لاستيفائه من الحق.

ولما خلق الإنسان مدنياً بالطبع، فهو محتاج في تدارك معاشه إلى من يعضده ويناصره. والوكالة هي من هذا القبيل

الوكالة، بفتح الواو وكسرها، اسم للتوكيل (تكملة رد المحتار)

---

(١) وما أحسن قول الشاعر في الفرق بين الفضة والورق:

أعطيتني ورقاً لم تعطني ورقاً ... قل لي بربك ماذا ينفع الورق

(المعرب)



مقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالوكالة

مادة (١٤٤٩) ـ (الوكالة هي تفويض أحد في شغل لآخر وإقامة مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به)

الوكالة لغة بمعنى الحفظ، وعليه فلو قال أحد لآخر قد وكلتك في مالي، فإذا لم يذكر التصرفات التي وكله بها، فلذلك الشخص أن يحافظ على ذلك المال فقط، وليس له أن يتصرف فيه بنوع آخر (الدرر) كذلك لو قال أحد لآخر (أنك وكيلي بكل شيء) فيكون قد فوض ذلك الشخص بالمحافظة (البحر)

والوكالة شرعاً تفويض أحد في شغل معلوم من المعاملات مع بقاء حق التصرف في يده وذلك مما يجوز له التصرف فيه بنفسه ويكون فيه مالكاً للتصرف ومقتدراً عليه بالنسبة إلى أهلية نفسه واصل التصرف وإقامته في ذلك الشغل مقام نفسه.

يعني أن كل تصرف يقدر الشخص ويملك التصرف فيه بأهلية نفسه بالنسبة إلى أصل التصرف ـ ولو كان التصرف فيه ممتنعاً بسبب عروض النهي ـ فله أن يوكل آخر لإجراء ذلك التصرف.

إيضاح القيود والسبب:

١ ـ مما يجوز التصرف الخ

مثلاً كما أن للشخص أن يبيع ماله بالذات فله أيضاً أن يوكل آخر ببيعه وكذلك كما أن للشخص أن يبيع مال ولده من آخر بقيمته الحقيقية فله أيضاً أن يوكل آخر ببيع ذلك المال، يعني أن للولي والوصي أن يوكلا آخر في الأمور التي يجوز لهما التصرف فيها، أي في مال الصغير والمعتوه (التنقيح الطحطاوي). لكن لو بلغ الصغير في هذه الصورة قبل أن يعمل الوكيل ما وكل به فلا تبقى للوكيل وكالة (الواقعات).

أما التصرف الذي لا يقتدر على عمله بالذات، فليس له أن يوكل غيره بعمله.

مثلاً فكما أن الصبي المميز لا يقتدر على هبة ماله لآخر فلا يقتدر أيضاً على توكيل بالغ لهبته؛ أنظر المادتين (٨٥٩؛ ٩٦٧).

٢ ـ أهلية نفسه: يخرج بهذا التعبير الوكيل. وقد جيء بهذا القيد في التعريف لاخراج

الوكيل من الوكالة، لأنه ليس له توكيل آخر بالتصرف الذي يقتدر عليه بحكم الوكالة، كما هو مصرح به في المادة (الـ ١٤٦٦). ففي هذه المسألة وإن كان الوكيل مقتدراً على التصرف فاقتداره هذا ليس لأهلية نفسه وإنما هو لتفويض الموكل (الجوهرة بإيضاح).

٣ ـ نظراً إلى أصل التصرف؛ بقطع النظر عن العوارض: ويكون عدم الاقتدار على التصرف بسبب النهي وإن لم يكن مقتدراً على عمل التصرف بسبب النهي الشرعي. فيعد الموكل بالنظر إلى أصل التصرف مقتدراً على عمل ذلك الشيء، ويكون مقتدراً على توكيل آخر بالتصرف المذكور؛ مثلاً لا يقتدر المسلم على بيع الخنزير بسبب النهي العارض ولكن له عند الإمام أن يوكل غير المسلم ببيعه (مجمع الأنهر).

٤ ـ من المعاملات: بهذا التعبير يخرج التوكيل باستيفاء القصاص، مثلاً لولي القتيل أن يستوفي حق القصاص الثابت له ولكن ليس له أن يوكل آخر وهو غائب لاستيفاء القصاص (الجوهرة بتغيير وإيضاح). كذلك قد وضح في شرح المادة (١٤٥٩)

٥ ـ على أن يبقى له حق التصرف: يخرج الايصاء من هذا التعريف بهذا القيد ولأن ولاية التصرف في الإيصاء تنتقل إلى الوصي على أن لا تبقى للموصي؛ والحال أن حق التصرف في الوكالة ثابت للوكيل فلم يزل من الموكل ويبقى له الاقتدار على التصرف فيها (القهستاني).

مثلاً قال زيد ليكن عمرو وصيي بعد وفاتي لينظر في أمور صغاري وتركتي، فيثبت حق التصرف لعمرو بعد وفاة زيد وعدم بقاء حق التصرف لزيد المذكور، أما لو وكل زيد عمرواً لبيع ماله المعلوم فكما يثبت لعمرو حق التصرف يكون ثابتاً لزيد أيضاً فكلاهما مقتدر على البيع

٦ ـ غيره، يدل هذا التعبير على أنه يلزم أن يكون الوكيل عاملاً لغيره. وعليه فإذا عمل الوكيل لنفسه في وقت ما تبطل الوكالة. مثلاً لو وكل أحد مدينه بقبض ماله في ذمته من الدين كانت هذه الوكالة باطلة. أنظر شرح المادة (١٤٥٩). لكن تستثنى مسألة من هذه القاعدة وهي لو وكل الدائن مدينه لابراء نفسه كان توكيله صحيحاً وله أن يعزله الإبراء (تكملة رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٤٥٩).

ويقال لمن وكل «موكل» بكسر الكاف المشددة؛ ولمن مقامه «وكيل» وللشيء الذي وقع التوكيل به (موكل به) بفتح الكاف المشددة

الوكيل على وزن فعيل هو الموكل إليه الأمر، يعني هو من فوض إليه الأمر. ويكون الوكيل بمعنى الفاعل إذا قصد به الحافظ، كحسبنا الله ونعم الوكيل. ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى،*يعني إذا كان الوكيل بمعنى المفعول فيكون هو الشخص المعرف في هذه المادة، أما بمعنى الفاعل فهو الحافظ

والوكيل يطلق على المفرد، والجمع، والمذكر؛ والمؤنث (القهستاني والبحر، مجمع الأنهر بإيضاح)

يعني أن فعيل لما كان بمعنى المفعول فإذا ذكر الموصوف معه تساوى قيد المذكر والمؤنث والمجموع فيقال رجل جريح وامرأة جريح، أما إذا لم يذكر الموصوف فليس ثمة من تساو فيفرق المؤنث عن المذكر بالتاء (المراح وشرحه)

المادة (١٤٥٠) - (الرسالة هي تبليغ أحد كلام الآخر لغيره من دون أن يكون له دخل في التصرف. ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل إليه)

الرسالة، هي تبليغ أحد آخر لغيره من دون أن يكون له دخل في التصرف ولا مأذونية يعني أن الرسالة موضوعة لنقل العبارة، وبتعبير آخر هي إيصال كلام إلى المرسل إليه، ويقال لذلك الشخص المبلغ «رسول» ولصاحب الكلام «مرسل» بصيغة اسم الفاعل، وللآخر «مرسل إليه» بصيغة اسم المفعول (الدرر والولواجية).

والحاصل أن الوكيل هو من باشر العقد، والرسول هو مبلغ من باشر العقد. وبشرط الرسالة أن يضاف العقد إلى المرسل، يعني أن يقول الرسول إني مرسل وإني بعتك هذا المال بكذا (تكملة رد المحتار)

مثلاً لو قال أحد لآخر: إذهب إلى فلان واخبره «إنني بعت منه مالي هذا بكذا درهماً» وذهب ذلك الشخص أيضاً إليه وقال له «قال فلان أنه باع منك ماله الفلاني بكذا درهماً»، يعني أنه قال بعت فيقال لذلك الشخص رسول، يعني مبلغ قول المرسل هذا إلى المرسل إليه؛ وليس وكيلاً بالبيع.

والوكيل لا يجبر على اضافة العقد، فإن شاء أضاف العقد إلى نفسه؛ ويجري حكم الوكالة في هذا الحال، وإن شاء أضافه إلى موكله، وعلى هذه الصورة يراعى حكم الرسالة

أما الرسول فيجبر على اضافة العقد إلى مرسله. وإليه الإشارة بقوله تعالى﴿يا أيها الرسول بلغ﴾وقوله﴿وما أنت عليهم بوكيل﴾حيث نفى الوكالة وأثبت الرسالة (البحر بإيضاح)

وكما أن أمثلة المادة (١٤٥٤) هي أمثلة للرسالة، فعبارة (ولو أعطى أحد لخادمه......) في شرح المادة (١٤٥٥) مثال للرسالة أيضاً

الفرق بين الرسالة والوكالة: يوجد بين الوكالة فرق على خمسة وجوه:

١ - الفرق من حيث الماهية؛ قد ذكر في المادتين السالفتي البيان

٢ - تعود حقوق العقد في الوكالة للوكيل، أما في الرسالة فلا تعود للرسول حقوق العقد بل تعود جميعها للمرسل، أنظر المادتين (١٤٦١ و١٤٦٢)

٣ - قد يتم عزل الوكيل، على ما هو مبين في المادة (١٥٢٣). بلحوق علم الوكيل

بعزله؛ ولا يشترط في عزل الرسول لحوق علمه، كما سيوضح في شرح المادة المذكورة

٤ - يلزم في الرسالة أن يضيف الرسول العقد إلى موكله الذي هو مرسله. أما في الوكالة فالوكيل مخير إن شاء إضافه إلى نفسه وإن شاء أضافه إلى موكله (تكملة رد المحتار في الوديعة بزيادة)

٥ - تنعقد الوكالة على الأكثر بألفاظ الوكالة، أما الرسالة فتنعقد على الأكثر بالفاظ الرسالة (رد المحتار)

الباب الأول

(في بيان ركن الوكالة وتقسيم ركن التوكيل)

مادة (١٤٥١) ـ (ركن التوكيل الإيجاب والقبول، وذلك بأن يقول الموكل وكلتك بهذا الأمر فإذا قال الوكيل قبلت أو قال كلاماً آخر يشعر بالقبول، تنعقد الوكالة، كذلك لو لم يقل شيئاً وتشبث بإجراء ذلك الأمر يصح تصرفه لأنه يكون قد قبل الوكالة دلالة ولكن لو ردها الوكيل بعد الإيجاب لا يبقى لها حكم. بناء عليه لو قال وكلتك بهذا الأمر ورد الوكيل الوكالة بقوله لا أقبل ثم باشر اجراء الموكل به لا يصح تصرفه)

ركن التوكيل الإيجاب والقبول، كأركان سائر العقود، ولو كان القبول حكماً كالسكوت (البحر)

الإيجاب والقبول على وجهين:

الوجه الأول، الصراحة في الإثنين، أي الإيجاب والقبول، كما لو قال الموكل لآخر: قد وكلتك بهذا الأمر، أي الأمر الموكل به، كما هو مذكور في المادتين (١٤٥٩ والـ١٤٦٨) فقال له الوكيل أيضاً قد قبلت، أو قال كلاماً آخر غير لفظ مشعراً بالقبول تنعقد الوكالة بالإيجاب والقبول الصريحين[١]

إيضاح القيود:

١ ـ بهذا الأمر، قد أشير بهذه العبارة إلى لزوم كون الموكل به معلوماً وإذا لم يكن التصرف الموكل به معلوماً فيثبت للوكيل أدنى التصرف فقط؛ وذلك هو الحفظ، أنظر شرح المادة (١٤٤٩)

٢ ـ وكلتك: ذكر إيجاب الوكالة مخاطبة ومشافهة ليس احترازياً، لأن عقد الوكالة كما أنه يصح مشافهة يصح مكاتبه ومراسلة أيضاً، أنظر المادة (٦٩)

مثال للمكاتبة: لو أرسل أحد لآخر غائب كتاباً معنونا ومرسوماً بتوكيله إياه بأمر ما وقبل الآخر الوكالة انعقدت (هامش الأنقروي)

---

(١) لأن الوكالة ليست من العقود اللازمة؛ إلا إذا تعلق بها حق الغير

مثال للرسالة: لو قال أحد لآخر: (خذ هذا المال لفلان وليبعه) أو قال (اذهب إلى فلان واخبره أن يبيع مالي الفلاني الذي عنده) وباع الآخر المال بعد تبلغه هذا الخبر كانت الوكالة والبيع صحيحين. كذلك لو وكل أحد شخصاً غائباً بأمر ما فبلغه أحد خبر الوكالة، وقبل الآخر الوكالة انعقدت الوكالة سواء كان المخبر عادلاً أو مستور الحال أم كان غير عادل، وسواء أأعطى الخبر من تلقاء نفسه أم أخبر به رسالة من طرف الآمر وسواء أصدق الغائب هذا الخبر أم كذبه. ويكون ذلك الشخص وكيلاً في الأحوال المذكورة كلها (الهندية)

٣ ـ قد وكلت: الفاظ الوكالة كالتوكيل، والإذن، والتفويض، والأمر «كأعمال الشيء الفلاني» والرضاء؛ والمشيئة، والإرادة، والوصاية، والتسليط، وما اشبه ذلك، ولنفصل الآن هذه الألفاظ التسعة.

أولها، التوكيل: إن إيضاح هذا مذكور في هذه المادة.

الثاني، الإذن، سيأتي إيضاحه في المادة الآتية

الثالث، التفويض، مثلاً لو قال مالك المستغلات لآخر قد فوضت إليك أمر مستغلاتي وآجر المال المستغلات لآخر فللمفوض إليه أن يطلب أجرتها ويأخذها، كذلك لو قال أحد لآخر قد فوضت لك أمر دوابي فلذلك الشخص حفظ دوابه ومماليكه ورعيها وعلفها والإنفاق عليها «البحر»

الرابع، الأمر، لو قال أحد لآخر اعمل شغلي الفلاني، كبع داري مثلاً، فيكون قد وكله «البحر» كذلك لو قال أحد لآخر اشتر هذا الفرس واعطاه ثمنه فيكون قد وكله وإن لم يضف قيد (خذه) إلى ذلك. وستوضح مسألة كون الأمر توكيلاً في المادة (١٤٥٥)

الخامس الرضا، لو قال أحد لآخر إنني راض ببيعك فرسي هذا يكون ذلك توكيلاً بالبيع.

السادس، المشيئة كما لو قال أحد لآخر شئت أن تبيع داري هذه

السابع، الإرادة، لو قال أحد لآخر إني أريد أن تبيع هذه يكون توكيلاً (الجوهرة)

الثامن، الوصاية، كما لو قال أحد لآخر قد جعلتك وصياً لبيع داري في حياتي. أما بمجرد قوله له «أنت وصي» فلا تنعقد الوكالة، أنظر الخانية والمادة (٣) وشرحها.

التاسع، التسليط، لو قال أحد لآخر قد سلطتك على بيع مالي الفلاني، فيكون قد وكله (تكملة رد المحتار)

غير لازم، الوكالة عقد غير لازم. لأن الوكالة تبرع ولا لزوم في التبرعات. وتتفرع من عدم اللزوم ثلاث مسائل:

المسألة الأولى، لا يدخل خيار الشرط في الوكالة (الدر المختار) أنظر الشرح الذي قبيل المادة (الـ ٣٠٠) حتى أنه لو وكل الموكل أحد ببيع ماله على أنه مخير ثلاثة أيام، كانت الوكالة صحيحة والشرط باطلاً (رد المحتار، الهندية)

المسألة الثانية، لو أدعى الوكالة وأثبتها، فلا يكون الحكم بذلك مقصوداً صحيحاً فلذلك لو أدعى أحد أن فلاناً قد وكلني بالأمر الفلاني ولدى انكار المدعى عليه أثبت مدعاه، فكما أنه لا يحكم له، فلو راجع أحد المحكمة مدعياً إنني وكيل لفلان وأراد إثبات مدعاه فلا يقبل منه

إن الوكالة وإن كان لا يصح الحكم بها قصداً، إلا أنها يصح الحكم إذا كانت ضمن دعوى، وذلك كالدعوى في مواجهة غريم (أنظر المادة ٥٤)

مثلاً لو قال أحد في دعواه: إن لفلان على هذا الشخص ديناً عشرة دنانير، وإنني وكيل عن ذلك الشخص في قبضه وفي الدعوى به، وأقر المدعى عليه بالدين وأنكر الوكالة، فإذا أثبت المدعي وكالته عن الغائب بحكم الحاكم بوكالته عن الغائب وبتسليمه المبلغ المدعى به (الدرر بإيضاح)، (أنظر المادة (١٥١٦)

المسألة الثالثة، كما أن للموكل عزل وكيله في أي وقت يريد فللوكيل أيضا أن يستقيل من الوكالة في أي وقت أراد

إستثناء: تلزم الوكالة في بعض المسائل، وستوضح هذه أيضاً في شرح المادة (١٥٢١) (البحر)

الوجه الثاني، يكون الإيجاب صراحة، والقبول دلالة، فلو لم يتكلم الوكيل شيئاً، بناء على إيجاب الموكل على الوجه المشروح، وحاول إجراء ذلك الأمر الموكل به، فيكون قد قبل الوكالة دلالة ويكون تصرفه صحيحاً، يعني يكون سكوته دليلاً على القبول. أنظر المادة (٦٧) (أبو السعود)

وعليه فلو ندم الموكل بعد أن قام الوكيل بالموكل به فلا فائدة من ندمه، وهذه المسألة ستوضح في شرح المادة (١٤٥٩)

كذلك لو قال أحد لآخر «ارغب أو أريد أن تبيع مالي هذا» وحاول الوكيل اجراء ذلك الأمر فيكون تصرفاً صحيحاً، لأنه قد قبل الوكالة (الهندية)

لكن لا يتقيد القبول لفظاً أو دلالة بمجلس الإيجاب، يعني لو قال أحد لآخر قد وكلتك ببيع مالي الفلاني، وسكت في ذلك المجلس وقبل صراحة في مجلس آخر أو حاول بيعه في مكان آخر كان صحيحاً.

كذلك قد ذكر في رد المحتار: إن قبول الوكيل ليس شرطاً في صحة الوكالة استحساناً، لكن لو رد الوكيل الوكالة ردت، وسكوت الوكيل في هذه الصورة قبول

أما لو رد الوكيل الوكالة بعد الإيجاب فلا يبقى حكم للإيجاب، ولا تنعقد الوكالة وإن قبل بعد ذلك كما في البيع، أنظر المادة (١٨٣)، ما لم يجدد الإيجاب والقبول

وعليه فلو قال الموكل لآخر قد وكلتك بالأمر الفلاني، وقال الآخر لا أقبل وباشر بعد ذلك

إجراء الموكل به فلا يصح، ولا ينفذ تصرفه للموكل، ويكون ذلك التصرف وبعضه فضولياً نافذاً بحق الوكيل

فلو كان الموكل به بيع مال كان هذا البيع فضولياً، مثلاً لو كان الموكل به بيع مال الموكل وبعد أن رد الوكيل الإيجاب على هذا الوجه باع ذلك المال كان البيع المذكور فضولياً، أنظر المادتين (٩٦ و٣٦٨) وإذا كان الموكل به شراء مال معين أو غير معين كان المال المشترى للوكيل؛ ولا يكون قد اشترى للموكل، ولا يجري هنا حكم المادة (١٤٨٥) كذلك لا يكون هذا الشراء موقوفاً على إجازة الموكل؛ وستوضح أسباب كون البيع موقوفاً والشراء غير موقوف في شرح المادة (١٤٥٣)

وإذا كان الموكل به قبض الدين، وقبض الدين من سيكون وكيلاً بعد رده الوكالة، فلا يبرأ المدين من الدين (البحر) أنظر المسألة الخامسة عشرة في شرح المادة (١١١٣)

المادة (١٤٥٢) ـ (الإذن والإجازة توكيل)

يعني أنه كما تنعقد الوكالة بلفظ الوكالة المبين في المادة الآنفة؛ يمكن أن تنعقد أيضاً بألفاظ الإذن والأجازة.

فلو قال أحد لآخر قد أذنتك ببيع مالي الفلاني فكما أنه يكون قد وكله ببيع ذلك المال فلو قال له أجزتك ببيع مالي فيكون قد وكله ببيعه أيضاً (الهندية، البحر، رد المحتار)

لذلك لو قال أحد لآخر قد أذنتك بقبض فرسي الذي اشتريته ولا يزال في يد البائع؛ فكما أن له حقاً بقبضه، فله أيضاً صلاحية بقبض ولد الفرس المولود بعد التوكيل. أما الولد المولود قبل التوكيل فليس له صلاحية بقبضه. والحكم على المنوال المشروح في ثمرة البستان أيضاً (التكملة عن الكافي).

المادة (١٤٥٣) ـ (الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة. مثلاً لو باع أحد مال الآخر فضولاً ثم أخبر صاحبه فأجازه يكون كما لو وكله أولاً).

إن الإجازة اللاحقة للعقود الموقوفة في حكم الوكالة السابقة في عقد الوكالة. وتجري هذه القاعدة في العقود التي كالبيع والإجارة والهبة، كما هو مفصل على الوجه الآتي:

١ ـ البيع: مثلاً لو باع أحد مال الآخر فضولاً، انعقد البيع المذكور موقوفاً بمقتضى المادة (٣٦٨). أنظر المادة (٩٦)، ولو أخبر بعد ذلك في هذه الصورة ذلك الشخص أو شخص آخر صاحب المال بذلك وأجاز ذلك الشخص هذا البيع أيضاً وكانت الشروط التي في المادة (٣٧٨) موجودة فيكون كما لو وكله بالبيع أولاً، ويكون البيع المذكور صحيحاً ونافذاً (علي أفندي) حتى أن الفضولي لو أبرأ المشتري أو حط عنه ثمن المبيع صح؛ وكان ضامناً ذلك للمجيز (الهندية)

وتلحق الإجازة العقود الموقوفة، كما أشير إلى ذلك شرحاً، ولا تلحق العقود المفسوخة أو العقود النافذة، وتتفرع المسائل الآتية من عدم لحوق الإجازة العقود المفسوخة:

أولاً، لو أجاز صاحب المال المبيع بيعاً فضولياً بعد أن فسخ البيع فلا تصح الإجازة ولا ينقلب البيع المفسوخ إلى الصحة (جامع الفصولين)

ثانياً لو أجر أحد مال آخر فضولاً من شخص آخر وبعد أن فسخ صاحب المال هذا العقد بقوله لا أجير أجاز العقد المذكور فلا يجوز (الهندية)

ثالثاً، لو انفسخت الإجارة بوفاة المستأجر وأخذ صاحب المال الأجرة من الشريك المقيم في المأجور فلا يكون قد أجاز الإجارة المفسوخة أنظر المادة (٥١)

وتتفرع المسائل الآتية من عدم لحوق الإجازة العقود النافذة:

أولاً، لو قال أحد لآخر بعني مالك هذا بكذا قرشاً للشخص الفلاني؛ فقال الآخر بعت، وقال الأول قبلت، وأنكر ذلك الشخص أمره يعني أنكر كونه قد وكله بشراء ذلك المال وبعد أن صدق الشخص المرقوم أيضاً ذلك الإنكار قال ذلك الشخص أجزت فلا تعتبر (البحر)

ثانياً، لو اشترى أحد مالاً لآخر بدون أمره وتوكيله وأضاف العقد إلى نفسه كان ذلك المال للمشتري. حتى أنه لو أجاز ذلك الشخص، بل ولو اشهد المشتري حين الاشتراء على أنه اشتراه لذلك الشخص، فلا يكون المشترى للشخص المذكور، لكن لو سلم المشترى بعد ذلك إلى الشخص المذكور وأخذ ثمنه فتكون هذه المعاملة بيعاً جديداً بالتعاطي (رد المحتار)

لكن يوجد ثلاث احتمالات في عقد شراء المشتري الفضولي:

الاحتمال الأول؛ إضافة المشتري الفضولي عقد الشراء إلى الغير الذي هو: مشترٍ له ويكون على الأوجه الآتية:

أولهما، قول البائع بعت مالي هذا لفلان بكذا درهماً، وقول المشتري الفضولي اشتريت لفلان أو قبلت الاشتراء له.

ثانيهما، قول البائع بعت هذا المال من فلان بكذا، وقول المشتري الفضولي قبلت له أيضاً (البحر)

ثالثهما، أن يقول المشتري الفضولي للبائع بع هذا لفلان بكذا درهماً؛ وقول البائع أيضاً بعته له، وقول المشتري الفضولي قد اشتريت لفلان المذكور، أنظر شرح المادة (١٧٢)

إذا أضاف الفضولي عقد الشراء المعقود على أحد الوجوه المذكورة إلى المشتري له انعقد الشراء المذكور موقوفاً على قبول المشتري له. فإن قبل لزمه البيع ونفذ وعادت عهدة البيع على المشتري له، ولا تعود إلى العاقد الفضولي. لأن عدم بقاء الشراء موقوفاً بتقدير وجود النفاذ، أما في هذه المسألة من أنه لم يضف العقد إلى العاقد فلا ينفذ (رد المحتار في الفضولي)

الاحتمال الثاني: إضافة المشتري الفضولي عقد الشراء لنفسه وتكون الإضافة إلى نفسه على الأوجه الآتية.

أولها، قول المشتري الفضولي اشتريت منك هذا المال بكذا درهماً، وقول البائع أيضاً بعت.

ثانيها، قول المشتري الفضولي اشتريت هذا المال منك بكذا درهماً لأجل فلان الأجنبي، وقول البائع أيضاً بعت.

ويفهم من هذا أن تعبير بعني لأجل فلان لا يوجب إضافة العقد إلى فلان المذكور لأن تعبير «لأجل فلان» يحتمل معنى لأجل خاطر فلان أو سروره (تكملة رد المحتار بتغيير ما)

ثالثها، قول البائع للفضولي قد بعت هذا المال لك بكذا درهماً لأجل فلان الأجنبي وقول المشتري الفضولي أيضاً قبلت؛ لأن العقد أضيف إلى المشتري ظاهراً، وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه

رابعاً، قول المشتري الفضولي للبائع بعني هذا المال بكذا درهماً وقول البائع أيضاً بعت وقول المشتري قبلت

إذا أضاف الفضولي العقد لنفسه بوجه من الأوجه المذكورة نفذ هذا الشراء على المشتري الفضولي، ويعود المال المشترى للمشتري ولو نوى بقلبه أن الشراء لأجل غيره، حتى لو أشهد قبل الشراء على أنه لأجل غيره، فلا يكون موقوفاً على إجازة الغير. لأنه إذا لم يكن وكيلاً بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك، لأنها إنما تلحق الموقوف لا النافذ (رد المحتار في الفضولي؛ البحر؛ علي أفندي بزيادة)

الاحتمال الثالث؛ هو أن يقبل المشتري العقد بالإضافة للغير، مع أن البائع قد أوجب البيع للمشتري، أو هو أن يقبل المشتري العقد لنفسه مع كون البائع قد أوجب العقد لغيره، وفي هذه الصورة يكون العقد باطلاً.

مثلاً لو قال البائع بعتك هذا المال بكذا درهماً فقال المشتري اشتريته لأجل فلان كان البيع باطلاً. كذلك لو قال المشتري للبائع قد اشتريت منك هذا المال بكذا درهماً فأجابه البائع بقوله قد بعته فيكون إلى فلان كان البيع باطلاً (رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٦٧)

٢ ـ الإجارة، إن إجارة الفضولي، على ما هو مذكور في المادة (٤٤٧)، موقوفة على إجازة صاحب المال، فإذا أجاز جاز، وكانت هذه الإجازة في حكم الوكالة السابقة، وإذا لم يجز كانت منفسخة

٣ ـ الهبة: لو وهب أحد مال آخر لأحد، على ما هو مبين في المادة (٨٥٧)، كان موقوفاً على إجازة صاحب المال فإذا أجاز نفذ وكانت هذه الإجازة في حكم الوكالة السابقة وإذا لم يجز انفسخت

٤ ـ قبض الدين، لو قبض شخص ثالث عشرة دنانير ديناً لأحد على آخر فضولاً وأجاز الدائن بعد ذلك، والمقبوض موجود عيناً في يد القابض الفضولي، القبض جاز وكان في حكم الوكالة السابقة

لحوق الإجازة الأقوال والأفعال معاً:

إن الإجازة كما تلحق الأقوال على الوجه المحرر آنفاً تلحق الأفعال أيضاً كما ذكر في العارية. وفي هذه الصورة لو أرسل أحد دينه إلى دائنه على يد آخر فأخبر ذلك الشخص الدائن ورضي الدائن أيضاً لكن قبل أن يأخذ دينه من يد ذلك الشخص أمره أن يشتري له مالاً وتلف المبلغ المقبوض في يد المأمور قبل أن يشتري ما أمر بشرائه تلف على الدائن، لأن الإذن انتهاء يقبض ذلك الشخص كالإذن ابتداء. ويرى في هذا أن اجازة القبض قد لحقت الفعل، وهو القبض

كذلك لو أفسد الخياط الثوب وأخذه صاحبه وهو عالم بفساده ولبسه فليس له تضمين الخياط. فها أن إفساد الثوب قد لحقته الأجازة مع أنه فعل

استثناء: لكن فعل الإتلاف مستثنى من هذه الأفعال فلا تلحق الإجازة الإتلاف. بناء عليه لو تلف أحد مال آخر تعدياً وقال صاحب المال بعد ذلك رضيت بالإتلاف أو أجزته فلا حكم للإجازة ولصاحب المال تضمين المتلف، وقد ذكر بعض المسائل المتعلقة بذلك في شرح المادة (٩١٢)

إلا أن اتلاف الملتقط اللقطة بتصديقه بها مستثنى من الاستثناء المذكور فتلحق الإجازة في هذا الإتلاف، أنظر شرح المادة (٧٧) رد المحتار

المادة (١٤٥٤) ـ (الرسالة ليست من قبيل الوكالة مثلاً لو أراد الصيرفي اقراض أحد دراهم وأرسل خادمه للإتيان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض ولا يكون وكيله بالاستقراض. كذلك الشخص الذي أرسله أحد إلى السمسار على أن يشتري منه فرساً إذ قال له إنّ فلاناً يريد أن يشتري منك الفرس الفلاني وقال السمسار بعته إياه بكذا، إذهب وقل له وسلم هذه الفرس إليه فإذا أتى الشخص وسلم الفرس إليه وقبل ذلك على المنوال المشروح ينعقد البيع بين السمسار وبين المرسل إليه ولا يكون ذلك الشخص إلا واسطة ورسولاً وليس بوكيل وكذلك لو قال أحد للجزار اعط لأجلي كل يوم مقدار كذا لحماً إلى خادمي فلان الذي يذهب ويأتي إلى السوق وأعطاه ذلك على هذا الوجه يكون ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله)

يعني أن الوكالة والرسالة ليس اثنتاهما شيئاً واحداً بل يوجد بينهما فروق على أوجه خمسة، على ما هو مبين في شرح المادة (١٤٥٠)

واحد هذه الفروق هو أنه يلزم في الرسالة أن يضيف الرسول العقد إلى مرسله، فلذلك إذا أضاف الرسول العقد إلى نفسه لا ينفذ العقد في حق مرسله

أما في الوكالة فلا يلزم أن يضاف العقد إلى الموكل، وله أن يضيفه وإلى موكله أيضاً (رد المحتار)، وسيوضح في المادة (١٤٦٠) أيضاً

مثلاً لو أراد الصيرفي في إقراض أحد دراهم وأرسل المستقرض خادمه للصيرفي للإتيان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض ولا يكون وكيله بالاستقراض، حتى أنه قد جازت الرسالة بالاستقراض مع عدم جواز الوكالة بالاستقراض، كما هو مبين في شرح المادة (١٤٥٩)

وفي هذه الصورة لو قال الصيرفي إني قد سلمت النقود المذكورة لذلك الرسول وقال الرسول أيضاً قد استلمتها وسلمتها إلى المستقرض وأقر المستقرض بأخذ النقود من الصيرفي لزم المستقرض الضمان ولو لم يسلمه إياها، أما إذا أنكر المستقرض أخذ الخادم النقود من الصيرفي فلا يلزم المستقرض شيء بمجرد قول الصيرفي والرسول هذا القول لأن الصيرفي مدع ولا يثبت شيء بمجرد دعوى المدعي، أنظر المادة (٢٦)

ولم يثبت شيء أيضاً بكلام الرسول. لأن كلام الرسول اقرار والإقرار حجة قاصرة، أنظر المادة (٧٨) وكما أنه لا يلزم المستقرض شيء على الوجه المذكور فلا يلزم الرسول شيء أيضاً، لأن الرسول أمين، ويقبل قول الأمين براءة ذمته مع اليمين، وإن لم يقبل قوله في وجوب الضمان على الغير (والغير هنا هو المستقرض).

كذلك لو أدعى الرسول - في صورة إرسال المدين دينه مع رسوله إلى الدائن - إيصاله الدين، وأنكر الدائن وصول الدين له، فإن قبل قول الرسول ببراءة ذمته فلا يثبت بذلك استيفاء الدائن حقه (تعليقات ابن عابدين على البحر، الكفوي؛ أنظر المادة ١٧٧٤).

لكن ظاهر مثال المجلة هذا هو ان القرض قد عقد بين ذلك الشخص والصيرفي قبلاً وكان الخادم مأموراً بقبض القرض وإيصاله إلى المستقرض. ولما كان ظاهر المثال ليس رسالة بالاستقراض؛ بل عبارة عن وكالة بقبض القرض للمستقرض، فلنصور لك الاستقراض بالرسالة بمثال آخر كما يأتي:

لو قال أحد لخادمه اذهب إلى الصيرفي الفلاني واستقرض لي ألف درهم فقدم الخادم على الصيرفي وعقد القرض معه بالإضافة إلى موكله بقوله إن فلاناً يريد أن يستقرض منك ألف درهم، فيكون في هذا رسولاً وليس بوكيل. ويكون القرض ملكاً لذلك الشخص (الطحطاوي، الفيضية).

كذلك الشخص الذي أرسله أحد إلى السمسار على أن يشتري منه فرساً إذا قال له ان فلاناً

يريد أن يشتري منك الفرس الفلاني وقال السمسار بعته إياه بكذا اذهب وقل له وسلم هذه الفرس إليه فإذا أتى الشخص وسلم الفرس إليه وقبل المرسل إليه ذلك في ذلك المجلس على المنوال المشروح ينعقد البيع بين المرسل إليه والسمسار ولا يكون ذلك الشخص إلا واسطة ورسولاً وليس بوكيل بعقد البيع (كليات أبي البقاء).

حتى أنه يلزم أن يطلب السمسار ثمن الفرس من المرسل إليه دون الرسول. أنظر المادة (١٤٦٢). الفيضية

وكذلك لو قال أحد للجزار أعط لأجلي كل يوم مقدار كذا لحماً إلى خادمي فلان الذي يذهب ويأتي إلى السوق، وأعطاه ذلك على هذا الوجه، يكون ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله، حتى أنه يلزم أن يأخذ الجزار ثمنه من ذلك الشخص وليس له أن يطلبه من الخادم.

لكن لو قال الجزار للخادم بعتك اللحم فاعطني ثمنه وقال له الخادم قد أخذته منك لمولاي بالرسالة؛ يعني إنني أضفت العقد لمولاي ولم أضفه لنفسي ولا يلزمني الثمن، واختلفا على هذا الوجه فالقول للخادم مع اليمين على أنه لم يضف العقد لنفسه. لأن الخادم منكر لاضافة العقد لنفسه ولزوم الثمن. أما إذا أقام الإثنان البينة رجحت بينة الجزار، أنظر المادتين (٨ و ٧٦) التنقيح، تكملة رد المحتار وليراجع شرح المادة (١٤٦٢)

المادة (١٤٥٥) - (يكون الأمر مرة من قبيل الوكالة ومرة من قبيل الرسالة، مثلاً لو اشترى خادم من تاجر مالاً بأمر سيده يكون وكيله بالشراء وأما لو استلم المال من التاجر وأرسل خادمه ليشتريه ويأتيه به يكون رسول سيده ولا يكون وكيله)

في الأمر ثلاث صور:

الصورة الأولى، يكون من قبيل الوكالة.

الصورة الثانية: يكون من قبيل الرسالة.

الصورة الثالثة: يكون من قبيل المشورة (تكملة رد المحتار)

إيضاح الصورة الأولى: إذا قيل قولاً كون فعل المأمور في الأمر بطريق النيابة عن الآمر كان الأمر وكالة، كأن يشرط للمأمور أجرة في مقابل خدمته، أو يعطي المأمور نقوداً ويقول له: خُذْ لأجلي المال الفلاني أو خذ المال الفلاني (يعني بدون أن يقول لأجلي) أو يشير إلى ماله قائلاً بع هذا المال. لأن شرط الأجرة يدل على الإنابة (البحر، رد المحتار)

مثلاً لو أعطى أحد خادمه ألف درهم وقال له اشتر مال كذا، واشترى الخادم بناء على هذا الأمر مالاً منه مضيفاً العقد إلى نفسه فيكون ذلك الخادم وكيلاً بالشراء لذلك الشخص وبهذه الصورة تعود حقوق العقد إلى الخادم المذكور، وليس للآمر أن يقول: «إن قصدي من قولي اشتر،

لم يكن ان تشتريه لأجلي بل كان القصد أن تشتريه لأجلك وإنني لا أقبل ذلك المال وأريد نقودي»

الصورة الثانية، إيضاح الرسالة: أما لو استام المولى المال من التاجر، يعني لو عين قيمته فقط ولم يعقد البيع. وأرسل خادمه ليشتريه من التاجر المذكور ويأتيه به فيذهب الخادم وقال له: إن مرسلي فلان قال قد اشترى منك هذا المال بكذا درهماً فقال التاجر فوراً في ذلك المجلس (أنا بعته إياه أيضاً) كان الخادم رسولاً لمولاه في الشراء

إن الفقرة الأولى من المثال الوارد في المجلة هي في الوكالة بعقد البيع، أما الفقرة الثانية فهي في الوكالة بقبض المبيع بحسب الظاهر، ولما لم تكن متناسبة مع الفقرة الأولى فقد أولت فقرة المثال الأخيرة بضم بعض القيود إليها. وعليه فيجب أن تكون الفقرة المثالية الأخيرة لحسن المقابلة على ما يأتي:

أما لو قال أحد لخادمه اشتريت فرس فلان المعلوم بكذا درهماً فاذهب إليه واخبره فذهب الخادم إلى الشخص وأخبره الخبر فقال الشخص المذكور على الفور «بعت» انعقد البيع بين المرسل والمرسل إليه ويكون الخادم وكيلاً بالشراء (كليات أبي البقاء)

الصورة الثالثة، إيضاح المشورة: لو قال أحد لآخر:

«اشتر فرساً بألف درهم» أو «اشتر هذا بألف» فيعد هذا القول قد قيل على سبيل المشورة والنصيحة والخير والمنفعة

بناء عليه لو اشترى ذلك الشخص الفرس كان عائداً له ولا يكون ملكاً لذلك الشخص الذي هو آمره إلا إذا قال له الأمر إنني اعطيك كذا درهماً أجرة لشرائك إياه، وفي هذا الحال تدل الأجرة على الإنابة فيكون الأمر وكالة؛ كذلك قد توضح آنفاً (البحر)

المادة (١٤٥٦) ـ (يكون ركن التوكيل مرة مطلقاً، يعني لا يكون معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت أو مقيداً بقيد. ومرة يكون معلقاً بشرط. مثلاً لو قال وكلتك على أن تبيع فرسي هذا إذا أتى فلان التاجر إلى هنا وقبل الوكيل ذلك تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر، وللوكيل أن يبيع الفرس إذا أتى التاجر وإلا فلا، ومرة يكون مضافاً إلى وقت مثلاً لو قال وكلتك على أن تبيع دوابي في شهر نيسان وقبل الوكيل ذلك يكون بحلوله وكيلاً وله أن يبيع الدواب في ذلك الشهر أو بعده وأما قبل حلوله فليس له أن يبيع. ومرة يكون مقيداً بقيد. مثلاً لو قال وكلتك على أن تبيع ساعتي هذه بألف درهم تكون وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع بأقل من ألف درهم).

• لركن التوكيل أربع صور:

الصورة الأولى، يكون الركن المذكور مرة مطلقاً، يعني يكون غير معلق بشرط ولا مضاف إلى وقت ولا مقيد بقيد، كقوله وكلتك ببيع الدار الفلانية، فركن التوكيل في هذا المثال؛ كما أنه ليس معلقاً؛ فهو ليس بمضاف ولا مقيد بل كان مطلقاً.

والصورة الثانية، يكون الركن المذكور معلقاً بشرط. لأن تعليق الوكالة بالشرط صحيح. أنظر شرح المادة (٨٢)

مثلاً لو قال أحد لآخر وكلتك على أن تبيع فرسي هذا إذا جاء فلان التاجر إلى هنا وقبل الآخر ذلك تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر إلى هناك. وعليه فإذا جاء التاجر إلى هناك فللوكيل بيع ذلك المال. لأنه يلزم ثبوت الشيء المعلق عند ثبوت الشرط، بمقتضى المادة (٨٢). وإذا لم يأت التاجر إلى هناك فليس للوكيل بيع ذلك المال. لأن التعليق يمنع المعلق أن يكون سبباً للحكم، فلو فرضنا أن الموكل قال: قد وكلتك ببيع فرسي هذا، فمع أن هذا الكلام سبب لتحقيق الوكالة في الحال وصلاحية الوكيل ببيع الفرس فوراً، فلو قال: قد وكلتك ببيع حصاني هذا إذا جاء التاجر الفلاني إلى هنا فإن التعليق مانع من أن تكون الوكالة سبباً في الحال ويتوقف ثبوت الوكالة على وجود الشرط، يعني أنه يتأخر إلى مجيء التاجر، ومتى وجد الشرط فالكلام المذكور يكون سبباً للوكالة (رد المحتار). كذلك لو رهن المدين عند دائنه مالاً وسلمه إياه وقال له إذا لم أؤد الدين إلى الوقت الفلاني بع الرهن واستوف دينك منه ووكل دائنه، فلو باع الدائن الرهن قبل حلول ذلك الوقت فلا يكون صحيحاً (البهجة) أنظر المادة (٧٦) وشرحها أيضاً.

تعليق الوكالة والوكالة الدورية:

يفهم من الإيضاحات السالفة إن تعليق الوكالة بالشرط جائز، وقد بينت التفصيلات المتعلقة بهذا في شرح المادة (٨٢).

والوكالة الدورية من هذا القبيل أيضاً، فلو قال أحد لآخر: قد وكلتك ببيع هذا المال وكلما عزلتك فأنت وكيلي كان ذلك الشخص وكيلاً وكلما عزله الموكل تجددت الوكالة (رد المحتار).

والسبب في تسمية هذه الوكالة دورية هذا التجدد. ويجب ألا يفهم في هذا الحال أن عزل الموكل الوكيل غير ممكن، لأن امكان العزل من الوكالة هذه سيذكر في شرح المادة (١٥٢١).

والصورة الثالثة، يضاف ركن التوكيل بعضاً إلى وقت. لأن الوكالة من العقود القابلة للإضافة، كما قد وضح في شرح المادة (٨٢).

ويوجد فرق بين تعليق الوكالة وإضافتها، فلإيجاب المضاف يكون سبباً في انعقاد الوكالة في الحال، فإذا انعقدت الوكالة في الإضافة على هذا الوجه حالاً فيتأخر حكم الوكالة إلى الوقت المضاف إليه. أما الإيجاب المعلق فالتعليق الذي فيه مانع لصيرورته سبباً لحكم في الحال، وعليه

فالوكالة في التعليق غير منعقدة في الحال ويكون انعقاد الوكالة معلقاً على وجـود الشرط (رد المحتار).

الخلاصة أن الوكالة في الإضافة وإن انعقدت في الحال فلا يثبت حكمها في الحال. أما الوكالة في التعليق فلا تثبت ولا تنعقد.

لكن ما هي الأحكام التي تتفرع من الفرق المذكور بالنظر إلى كون إيفاء الوكيل الوكالة في الحال غير صحيح سواء أكانت الوكالة معلقة أم مضافة؟

وهل يمكن أن يقال أن الموكل وكالة مضافة لو حلف اليمين قبل حلول الوقت بأنه ليس له وكيل يكون كاذباً في يمينه، ولو حلف الموكل وكالة معلقة قبل وجود الشرط بأنه ليس له وكيل كان صادقاً في يمينه.

لكن لما كانت عبارة «انك وكيلي إلى عشرة أيام» ليست بإضافة وتقييد، فلو قال أحد لآخر أنك وكيلي إلى عشرة أيام، فكما يكون ذلك الشخص وكيلاً في العشرة أيام يكون وكيلاً أيضاً بعدها، هذه الوكالة ليست مضافة (رد المحتار).

مثلاً لو قال لآخر: وكلتك ببيع حيواناتي هذه في شهر نيسان، وقبل الآخر ذلك، فبمجرد حلول شهر نيسان يصير وكيلاً بالبيع، وقد اشير بقوله «وله أن يبيع الدواب في ذلك الشهر أو بعده» إلى أنه كما يكون وكيلاً في ذلك الوقت يكون وكيلاً بعد ذلك أيضاً (البحر)

ومع أن بعض الفقهاء قد صحح ذلك وقال بعدم جواز بيع هذا الوكيل بعد ذلك، فقد قال صاحبا (نور العين والبزازية) أن ذكر نيسان للتعجيل وليس لتوقيت الوكالة (إلا إذا دل عليه دليل) ولهذا يجوز البيع بعد ذلك؛ وقد اختارت المجلة هذا القول (التكملة) فله أن يبيع تلك الدواب أما قبل نيسان فليس له أن يبيع الدواب المذكورة لأن الوكالة وإن كانت تنعقد في الحال بالإيجاب المضاف، على ما هو مذكور آنفاً، فيتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه (رد المحتار)

كذلك لو وكل أحر آخر بقوله له بع هذا المال غداً، فليس للوكيل أن يبيع اليوم؛ وإذا قال له بعه اليوم فليس له أن يبيع غداً (الهندية).

والصورة الرابعة، أن يقيد ركن بقيد مفيد، لأن الوكالة قابلة للتقييد بالزمان والمكان. لكن إذا كان القيد مفيداً على ما يوضح قريباً، حصل التقييد به، أما إذا لم يكن مفيداً فلا يحصل التقييد. كذلك يستفاد من المثل الآتي. لكن الأمر الواقع بقوله «بعه إلى الوقت الفلاني» ليس بتقييد، بل هو تهوين وتمديد لامتثال المدة، وفي هذه الصورة له أن يبيع بعد الوقت المذكور (التكملة).

التقييد يقسم إلى نوعين:

النوع الأول، التقييد صراحة، وهو كما في المثال الآتي

النوع الثاني، التقييد يعني التقييد بدلالة حال الموكل. كذلك سيفصل في المادة (الـ ١٤٨٧).

الخصوص والتقييد هما أصل في الوكالة، وعليه فلو اختلفا في تقييد الموكل كان القول للموكل، فلو قال الموكل قد أمرتك بالبيع نقداً، بعد أن باعه الوكيل نسيئة، وقال له الوكيل قد أطلقت، فالقول للآمر. كذلك لو قال الموكل انك بعته بخمسمائة مع إنني أمرت ببيعه بألف، وقال له الوكيل أطلقت فالقول للموكل، لأن الأمر مستفاد من جهة الموكل (تكملة رد المحتار)

وتوضح هذه الصورة بخمسة ضوابط:

الضابط الأول، كون القيد الذي ذكره الموكل ذا فائدة له على كل حال. وفي هذا الحال يلزم الوكيل مراعاة القيد المذكور سواء نهى الموكل وكيله عن السير على خلاف القيد المذكور أم لم ينهه

والمسائل المتفرعة من هذا الضابط هي:

المسألة الأولى، مثلاً لو قال الموكل قد وكلتك ببيع ساعتي هذه بألف درهم؛ كانت وكالته مقيدة بأن لا يبيع بأقل من ألف، حتى أن الوكيل لا يمكنه أن يبيعها بأنقص. فإن باع كان البيع موقوفاً أنظر المادة (١٤٩٥)

المسألة الثانية، إذا قيدت الوكالة بالشراء بقيد، فليس للوكيل مخالفته؛ فإن خالف فلا ينفذ شراؤه في حق الموكل وكان المال الذي أخذه له، أنظر المادة (١٤٧٩)

المسألة الثالثة، لو قال الموكل اشتر لي جوخاً للجبة، فإذا لم يكف ما أخذه من الجوخ جبة، فلا ينفذ الشراء في حق الموكل، ويكون الجوخ للوكيل، أنظر المادة (١٤٨)

المسألة الرابعة، لو وكله نقداً، صراحة أو دلالة، فليس له أن يبيعه نسيئة. أنظر المادة (١٤٩٨)

قال بعه وبع بالنقد، يجوز للوكيل أن يبيع بالنسيئة عند الإمام الأعظم (التكملة)

المسألة الخامسة، لو قال له الموكل بعه برهن أو كفيل، فليس للوكيل أن يبيعه بلا رهن ولا كفيل، أنظر المادة (١٥٠١)

المسألة السادسة، لو قال الموكل بعه بخيار الشرط، فليس له أن يبيعه بدون خيار شرط، ولو لم يقل لا تبعه بدون خيار شرط. فإن باعه كان البيع فضولياً. فإن شرط الخيار نافع من كل وجه لأنه لا يزيل ملكه للحال فيجب على الوكيل مراعاته (تكملة رد المحتار).

المسألة السابعة، لو قال الموكل بع مالي هذا من فلان، فليس للوكيل أن يبيعه من غيره (الهندية) لأن المشتري الذي عينه الموكل قد يكون مفيداً للموكل بأن يكون غنياً. لأن المقصود الثمن، وإنما رضي بكونه في ذمة من سماه لأن الناس يتفاوتون في ملائمة الذمم، فلا يجوز بيعه من غير من سماه. إذا قال لوكيله بعه وبعه لخالد جاز له أن يبيعه من غيره ويحمل المشورة (التكملة).

المسألة الثامنة، لو قال الموكل بع مالي هذا بخيار الشرط لكذا يوماً، فليس للوكيل أن يبيعه بخيار شرط لنفسه (الأنقروي)

المسألة التاسعة، لو قال الموكل اقبض ديني الذي على فلان في الشام فليس له أن يقبضه في البصرة (الخانية وعلي أفندي)

المسألة العاشرة، لو قال الموكل بع هذا المال في بيت المقدس، ونقله الوكيل لبيعه في بلد آخر، فتلف في الطريق؛ كان ضامناً (البهجة)

وتفصيل هذه المسألة هو: لو وكل أحد ببيع شيء يحتاج إلى الحمل وإلى المؤونة في بلد، فإنما له أن يبيعه في البلد الذي يوجد فيه الموكل؛ فإذا نقله إلى بلد آخر ليبيعه وضاع كان ضامناً. أما إذا لم يكن ذلك الشيء محتاجاً للحمل والمؤونة فلا يتعين بلد التوكيل للبيع، وله أن يبيعه في بلد آخر أيضاً.

لكن لو عين الموكل البلد، كأن قال له بعه في بيت المقدس مثلاً، فليس له أن يبيعه في بلد غيره وإذا نقله إلى هناك لأجل البيع وتلف كان ضامناً (الأنقروي).

المسألة الحادية عشرة، لو قال الموكل اشتر لي المال الفلاني بخمسمائة درهم، فليس للوكيل أن يشتريه بأكثر من ذلك، فإن اشتراه كان له. أنظر شرح المادة (١٤٥٣).

وفي هذه الصورة إذا اختلف الآمر والمأمور في تسمية مقدار الثمن، فقال الآمر قد وكلت بالشراء بخمسمائة درهم؛ وقال المأمور قد أمرت بالاشتراء بألف درهم، كان القول مع اليمين للآمر، لأن هذا الخصوص مستفاد من جهة الامر، وفي هذه الحال يبقى المال المشترى للمأمور، لأن المأمور قد خالف آمره، وإذا أقام كل منهما البينة رجحت بينة الوكيل. أنظر المادة (١٧٦٢) البحر.

المسألة الثانية عشرة، لو نهى الموكل وكيله عن البيع بلا قبض الثمن، فقال الوكيل، بعد أن قبض ثمن المبيع من المشتري؛ إنني بعت هذا المال في مقابل كذا درهماً قبضها منك، لزم بيعه (البحر)

أما لو باع قبل قبض الثمن فلا يجوز (تكملة رد المحتار).

الضابط الثاني، عدم وجود فائدة أصلاً في القيد الذي ذكره الموكل. ولا يلزم الوكيل مراعاة قيد كهذا. سواء أنهى وكيله عن العمل خلافاً لذلك القيد أم لا.

بعض المسائل المتفرعة من هذا:

المسألة الأولى، لو قال الموكل للموكل بع هذا المال بمائة درهم ولا تبعه بزيادة؛ فللوكيل أن يبيعه بثمن أزيد من مائة درهم.

المسألة الثانية، لو قال الموكل بع هذا المال لكن لا تقبض الثمن من دون أن يكون فلان

والشهود حاضرين، فللوكيل قبض ثمن المبيع بدون حضور ذلك الشخص أو الشهود (الهندية)

سؤال، لكن للموكل في هذا فائدة فلو أنكر الوكيل قبض الثمن للموكل أن يثبته بالشهود الذين أمر بحضورهم حين القبض، فتأمل.

المسألة الثالثة، لو قال بع هذا المال بمائة درهم نسيئة ونهاه أن يبيعها بثمن نقداً فللوكيل بيعها بمائة درهم أو بأكثر نقداً، لأن هذا شرط غير مفيد، لأن البيع بالنسيئة يضره وبالنقد ينفعه، فحينئذ يجب عليه عدم مراعاته (تكملة رد المحتار)

أما لو قال له بعه بمائة درهم نسيئة إلى ستة، وباعه الوكيل بمائتي درهم لمدة سنة وشهر نسيئة، فلا يصح (الهندية) أنظر الضابط الأول.

لكن لو باع الموكل بالبيع نسيئة بيعاً نقداً، فسيأتي حكم ذلك في المادة (١٤٩٨)

المسألة الرابعة، لو قال الموكل بع هذا المال بمائة درهم ولا تأخذ في مقابله رهناً معتبراً أو كفيلاً وأخذ الوكيل بعد البيع رهناً أو كفيلاً معتبراً في مقابل الثمن صح

وإذا سقط الدين بتلف الرهن فلا يلزم الوكيل ضمان وتعود الخسارة على الموكل. أنظر المادة (٩١) (الدر المختار، والتكملة، وصرة الفتاوى في أول الوكالة)

ألم يكن من فائدة في عدم أخذ الرهن بعدم سقوط الدين بتلف الرهن؟ تأمل

وصح أخذ الوكيل بالبيع رهناً لأنه أصيل في حقوق العقد؛ ولهذا لو حجره الموكل عن أخذ الرهن لا ينفذ حجره «تكملة رد المحتار»

الضابط الثالث، كون القيد الذي ذكر الموكل ذا فائدة من وجه وغير ذي فائدة من وجه آخر. وفي هذه الصورة إذا نهى الموكل وكيله عن العمل خلافاً لذلك القيد، لزم الوكيل رعاية ذلك القيد، وإذا لم ينهه فلا تلزم رعايته وتجوز مخالفته، لأنه متى أكده بالنفي دل على إرادة وجوده، لأن إدخال حرف التأكيد والتأييد في الكلام يدل على زيادة المبالغة في إرادة الحال (تكملة رد المحتار)

وهاك المسائل المتفرعة من هذا:

المسألة الأولى، لو قال الموكل بع مالي هذا في البلد الفلاني في السوق الفلاني، أو بعه في محضر شهود.

أما لو قال له بعه في السوق الفلاني ولا تبعه في غيره أو بعه في محضر شهود ولا تبعه بدون شهود ونهاه عن العمل خلافاً لذلك، فليس للوكيل بيعه في سوق آخر أو بدون شهود لأن الشهود إذا كانوا عدولاً وحاضرين فيكون في ذلك فائدة. أما إذا كانوا غير عدول أو غائبين فلا فائدة منهم، وعليه فهو مفيد من وجه، وغير مفيد من وجه آخر (الأنقروي ورد المحتار)

وفي المقدسي عن الخانية قال بعه بشهود فباع بغير شهود لم يجز (تكملة رد المحتار)

المسألة الثانية، لو قال المدين لوكيله اعط فلاناً دينه الذي في ذمتي في محضر شهود ولا تعطه إياه بدون شهود وأعطاه إياه بلا شهود وأنكر الدائن وحلف اليمين كان الوكيل ضامناً. ولكن في هذا الحال لو قال الوكيل اعطيته إياه بشهود فيحلف على أنه أعطاه إياه بشهود فإن حلف فلا يلزمه ضمان (البحر)

المسألة الثالثة، لو أمر الموكل الوكيل بقوله اقبض العشرة دنانير التي لي ديناً على فلان جميعها معاً ولا تقبضها متفرقة وقبض الوكيل تسعة دنانير فلا يجوز هذا القبض على آمره. وللآمر أن يطالب بكل دينه (التنوير) لمخالفته له فلم يصر وكيلاً (الدر المختار)

ولو استوفى جميعه بعده فلو هلك، هلك عليه لمخالفته ويرجع الآمر على الغريم (تكملة رد المحتار)

فلو قبض شيئاً دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء (التكملة عن جامع الفصولين)

المسألة الرابعة، ولو قال الموكل اقبض وديعتي التي عند فلان جميعها ولا تقبضها متفرقة، وقبض الوكيل بعض الوديعة فلا يجوز القبض. إلا أنه إذا قبض باقيها قبل تلف المقبوض فلا يجوز على الموكل (أنظر المادة (٢٤) لكن المأمور بقبض الوديعة على الإطلاق له أن يقبض بعض الوديعة (تكملة رد المحتار ورد المحتار)

المسألة الخامسة، لو قال اشتره بمعرفة فلان، فأخذ وحده، ضمن ما اعطي من النقود. لأن ذلك قد يكون ممن يعلم جيد المال من رديئه

المسألة السادسة، المادة (١٥١٥)

وختام المسائل المتفرعة من هذا الضابط في الفصل الحادي عشر من التاتار خانية.

الضابط الرابع، إذا كانت مخالفة الوكيل من حيث الجنس فلا يجوز أصلاً ولا ينفذ تصرفه على موكله ولو كان ما أتى به أنفع من المأمور به، أنظر المادة (الـ ١٤٧٠). ولو قال الموكل بعه في مقابل مائة ريال فضية، وباعه الوكيل في مقابل ثمانية عشرة ديناراً. فلا ينفذ البيع على الموكل. حتى أنه لو قال الموكل مشيراً إلى دنانير، اشتر لي هذا المال بهذه الريالات كان وكيلاً لشرائها بالدنانير. حتى أنه لو اشتراه بالريالات كانت للموكل

الضابط الخامس، إذا كانت مخالفة الوكيل من حيث القدر أو من حيث الوصف ينظر. فإذا كان المأتي به ـ الشيء الذي أتى به الوكيل ـ أنفع من المأمور به كان التصرف الواقع نافذاً على الآمر، وإذا كان المأتي به أضر من المأمور به فلا ينفذ، فلو أمر الموكل بالبيع في مقابل مائة ريال وباع الوكيل بمائة ريال وخمسة كان صحيحاً ونافذاً، أما لو باع بثمانين فلا ينفذ (الكفوي)

تقسيم الوكالة باعتبار الموكل به: * وكالة عامة، وكالة خاصة *

وكما تنقسم الوكالة إلى الأقسام المذكورة آنفاً باعتبار اطلاق ركن التوكيل وتعليقه وتقييده

فتنقسم باعتبار الموكل به إلى قسمين:

القسم الأول ـ الوكالة العامة، كقولك لآخر «وكلتك بكل أمر من أموري الجائزة» أو «وكلتك وكالة عامة مطلقة» وما إلى ذلك من الألفاظ المشعرة بالعموم. أما لو قال له «أنت وكيلي بكل شغلي أو بكل شيء لي صغيراً كان أو كبيراً فلا تكون هذه الوكالة عامة، والذي يوكل على هذا الوجه له أن يحافظ على مال موكله؛ ولا يكون وكيلاً بشيء آخر أنظر المادة (١٤٤٩) (الطحطاوي، والهندية)

حكم الوكالة العامة ـ يقتدر الوكيل وكالة عامة على المعاوضات والتصرفات مرة بعد أخرى ولا تنفذ برعاية على موكله. والفتوى على هذا (البحر وتكملة رد المحتار)

ولذلك فللوكيل بالوكالة العامة، بيع مال موكله وحفظه وقبض دينه، وتأدية ماعليه من الدين واشتراء المال لأجل موكله وما إلى ذلك من المعاوضات وله أن يقر على موكله في حضور الحاكم أو غيره، ولا يختص بمجلس القاضي، لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في الوكيل العام، ويصير مدع ومدعى عليه من طرف موكله ويكون ذلك صحيحاً، لكن تبرعات الوكيل بالوكالة العامة وتطليقه زوجة الموكل لا ينفذ عند الإمام، يعني لو وهب مال موكله بعوض أو بلا عوض لآخر أو تصدق عليه به أو تصدق عليه به أو وقفه أو أبرأ مديون موكله ببعض ما عليه أو بجميعه وأقرض مال موكله فلا ينفذ على الموكل (الدرر، رد المحتار، تكملة رد المحتار).

القسم الثاني، الوكالة الخاصة، وهي كقولك لآخر «أنت وكيلي بشراء هذه الدار» أو «أنت وكيلي بالمرافعة مع هذا الشخص» وما إلى ذلك من الألفاظ المشعرة بالخصوصية (الطحطاوي).

مثلاً لو جعل أحد آخر قائماً على داره وبيعها وقبض غلاتها فالوكيل على هذه الصورة كما أنه لا يقتدر على إنشاء الأبنية والعمارة في تلك الدار فلا حق له بالمرافعة مع شخص آخر في حق تلك الدار. لكن لو هدم أحد محلاً من تلك الدار فللوكيل المخاصمة مع هذا الهادم. لأن الهادم قد استهلك الشيء الذي في يد الوكيل. كذلك لو أنكر المستأجر الإجارة أو الأجرة فللوكيل اثبات ذلك على أنه خصم (البحر)

خلاصة الباب الأول

- ١ -

ركن الوكالة

الإيجاب والقبول

الايجاب والقبول أما يكونان صراحة	الفاظ الوكالة: توكيل «١٤٥١»؛ تفويض، رضاء، مشيئة، إرادة، وصاية، إذن، إجازة، أمر.	
	الاذن والإجازة	فتلحق الإجازة القول والفعل معاً ويستثنى الاتلاف (٩١٢) - والعقود الموقوفة للاحتراز عن العقود المفسوخة والنافذة، والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة.
	الأمر	يكون رسالة بعضاً: كأن يقول أحد إلى خادمه اشتريت فرس فلان المعين اذهب وقل له. يكون وكالة بعضاً: لوجود قول في الأمر يفيد كون فعل المأمور من طرف الآمر بطريق النيابة يكون مشورة مرة.
أو يكون الإيجاب صراحة، والقبول دلالة، ويكون دلالة	(١) بمباشرة الوكيل ما فوض إليه (المادة ١٤٥٣). (٢) بسكوت الوكيل	

- ٢ -

تقسيم الوكالة

تقسم الوكالة باعتبار (١) الموكل به (٢) الأركان

تقسيمها باعتبار الموكل به

تكون الوكالة

- أما عامة: (إذ وقعت بقول مشعر للعمومية) وفي هذه الصورة يقتدر الوكيل على المعاوضات والتصرفات ولا تنفذ تبرعاته على موكله.
- وإما خاصة: إذا وقعت بالفاظ تشعر بالخصوصية.

تقسيمها باعتبار الاركان

المادة (١٤٥٧)

الوكالة

- (١) مطلقه
- (٢) مقيدة - القيد
  - إما صراحة. وفي هذه الصورة
    - إذا كان القيد مفيداً - يلزم الوكيل متابعته؛ إذا لم يكن القيد مفيداً مطلقاً للموكل - فلا يلزم الوكيل متابعته
    - وإذا كان القيد مما لم ينه الوكيل صراحة فهو وحه مفيد ومن وجه عن العمل خلاف القيد غير مفيد المذكور فلا يلزم متابعته
    - وإذا كانت مقيدة بالجنس فلا حق للوكيل في مخالفته مطلقاً
    - وإذا كان مقيداً بالقدر أو بالوصف: فله المخالفة إلى خير لا إلى شر
  - أو دلالة لحال الموكل
    - أولاً: يلزم أن يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل (المادة ١٤٧٨)
    - ثانياً: ليس للشخص الذي وكل لشراء شيء لازم في زمان أن يشتري ذلك الشيء في زمن آخر.
  - أو عرفاً
    - المادة (الـ ١٤٨٣)
- ٣ معلقة، كالوكالة الدورية
- ٤ مضافة

الباب الثاني
في بيان شروط الوكالة

يوجد في الوكالة ثلاثة أشياء: الوكيل، الموكل، الموكل به،
وعليه فشروط الوكالة بالنظر إلى هؤلاء ثلاثة أنواع:
النوع الأول: ما يعود على الموكل، وسيبين في المادة (١٤٥٧)
النوع الثاني: مايعود على الوكيل، وسيذكر في المادة (١٤٥٨)
النوع الثالث: ما يرجع إلى الموكل به، وسيبحث عنه في المادة (١٤٥٩) (البحر).

المادة (١٤٥٧) - (يشترط أن يكون الموكل مقتدراً على إيفاء الموكل به، بناء عليه فلا يصح توكيل الصبي غير المميز والمجنون، وأما في الأمور التي هي ضرر محض في حق الصبي المميز، فلا يصح توكيله وإن أذنه الولي، وذلك كالهبة والصدقة، وفي الأمور التي هي نفع محض يصح توكيله وإن لم يأذنه الولي، وذلك كقبول الهبة والصدقة، وأما في التصرفات المتعلقة بالبيع والشراء المترددة بين النفع والضرر فإن الصبي مأذوناً بها فله أن يوكل، وإلا فالتوكيل ينعقد موقوفاً على إجازة وليه).

يشترط لجواز الوكالة أن يكون الموكل مقتدراً على عمل الموكل به بالنسبة إلى أصل التصرف، لأن الوكيل يستفيد ويأخذ ولاية التصرف من الموكل ويملك التصرف من طرف الموكل، وعليه فالذي لا يقتدر على التصرف لا يستطيع تمليك ذلك التصرف لغيره.

وتجب مراجعة شرح المادة (١٤٤٩) لمعرفة فائدة قيد «بالنسبة إلى أصل التصرف».

وعليه فلا يصح أن يوكل الصبي غير المميز والمجنون في حال جنونه أحداً بأموره، سواء أكانت أموره الموكل بها في حقه نفعاً محضاً، كقبول الهبة أو الصدقة، أم ضرراً محضاً كهبة مال له لآخر أو التصديق به على أحد، أو دائرة بين النفع والضرر، كالبيع. سواء أذن وليه أو وصيه بتوكيله أم لم يأذن.

وعليه فلو وكل الصبي غير المميز أحداً بقبول المال الذي يهبه إليه أحد وقبضه فلا يصح ولا يعتبر قبض الوكيل. أنظر المادة (٩٦٦) (ورد المحتار، الطحطاوي) وبهذه الصورة يكون حق قبض الهبة المذكورةللأشخاص المذكورين في المادة (٨٥٢)

قيل في حال الجنون. لأنه إذا كان للمجنون وقت إفاقة معلوم ووكل أحداً وهو في حال إفاقته حقيقة كان جائزاً. أما المجنون الذي ليس لافاقته وقت معلوم؛ فلا يجوز توكيله (الهندية) وإذا لم يكن توكيل الصبي غير المميز وتوكيل المجنون جائزين فلأوليائهما وأوصيائهما أن يوكلوا غيرهم في الأمور التي يقتدرون على عملها بحسب الولاية والوصاية، كالبيع والشراء والخصومة، كذلك قد بين في شرح المادة (١٤٤٩).

وفي الأشياء التي هي ضرر محض في حق الصبي المميز، كهبة الصبي المميز ماله لآخر، وصدقته وتطليق امرأته ليس له التوكيل ولو أذنه وليه.

مثلاً لو وكل الصبي المميز آخر بهبة مال له معلوم له الآخر وتسليمه إياه فلا يصح؛ سواء أكان ذلك الصبي مأذوناً أم لم يكن، لأن الصبي لا يقتدر بالذات على هبته، أنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٦٧) كما أنه لا تعتبر إجازة الولي لتصرفات الصغير التي هي من هذا القبيل، كذلك لا تعتبر اجازة وليه للتوكيل الذي يقع من الصبي المميز بإجراء هذه التصرفات.

للصغير المميز فيما كان في حقه نفع محض، كقبول الهبة وقبول الصدقة أن يوكل آخر ولو لم يأذنه الولي. كذلك للصبي المميز أن يجري تلك الأشياء بالذات كما هو مذكور في الفقرة الأولى من المادة (٩٦٧)، أما في التصرفات الدائرة المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة؛ يعني التصرفات التي تربح مرة وتخسر أخرى فإذا كان ذلك الصبي مأذوناً بالبيع والشراء فكما أن له أن يباشر تلك التصرفات بنفسه فله أيضاً أن يوكل آخر بها. وإذا لم يكن مأذوناً بالشراء والبيع، فينعقد ذلك موقوفاً على إجازة وليه هذا الوكيل، أو على اعطائه إذناً لذلك الصبي.

كذلك إذا باشر الصبي هذه الأمور بنفسه فينعقد موقوفاً على إجازة وليه أنظر المادة (٩٦٧)

مثلاً لو وكل الصبي المميز أحداً بأموره وأجازه الوصي بعد ذلك جاز أنظر المادة (١٤٥٣)

ولا يشترط أن يكون الموكل ناطقاً، وعليه فتوكيل الأخرس باشارته المعهودة صحيح، أنظر المادة (٧٠) (التنقيح)

فرع: إذا تصرف الوكيل وهو سكران بأحد المحرمات، كالخمر، فلا ينفذ تصرفه عند بعض الفقهاء. لأن الحكم بصحة تصرف السكران زجر له، أما الموكل فلا ذنب له. أما عند فريق آخر من الفقهاء فيجوز بيع السكران وشراؤه إذا كان يعقد البيع والشراء والقبض (تكملة رد المحتار)

المادة (١٤٥٨) - (يشترط أن يكون الوكيل عاقلاً ومميزاً، ولا يشترط أن يكون بالغاً، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً وإن لم يكن مأذوناً، ولكن حقوق العقد عائدة إلى موكله وليست بعائدة إليه)

يشترط أن يكون الوكيل، عاقلاً ومميزاً، وأن يعلم ويلحق علمه بتوكيله.

إيضاح للشروط الثلاثة العائدة إلى الوكيل:

١ ـ عاقلاً، ومميزاً: يلزم لصحة الوكالة أن يكون الوكيل واقفاً على أن البيع مدخل للمبيع في الملك مفرقاً بين الغبن الفاحش والغبن اليسير، وعليه فلا يصح أن يكون الصبي غير المميز والمجنون وكيلين. أنظر المادتين (٩٦٦ و ٩٧٩)

مثلاً لو وكل أحد مجنوناً ببيع ماله وباعه الآخر كان البيع المذكور باطلاً.

قد بين معنى العاقل مع السؤال والجواب في شرح المادة (٩٤٣). ولا يشترط أن يكون الوكيل بالغاً وبصيراً. لأن الصبي المميز لما كان له عقل كان من أهل التصرف وكانت عبارته صحيحة، لكن لما كان يخشى أن يعمل بما يوجب الضرر لنفسه فقد منع من التصرف. ولذلك قد جازت مباشرة الصبي التصرف للغير برأيه (التكملة) لأنه لا يلحق الصغير ضرر ما بهذا التصرف.

وعليه فتصح وكالة الصبي المميز المأذون والصبي الغير مأذون، وكذلك تصح وكالة الأعمى.

مثلاً: لو وكل أحد الصبي المميز المحجور بالبيع والشراء وباشر ذلك الصبي البيع أو الشراء كان جائزاً، ولا يكون للمتعاقد معه خيار، سواء أكان عالماً بكون الصبي محجوراً أم لا؛ (الهندية).

لكن إذا لم يكن الصبي المميز مأذوناً فلا تعود إليه حقوق العقد بل تعود إلى موكله، سواء أكان وكيلاً بالبيع أم بالشراء. وإذا كان وكيلاً بالشراء فسواء أكان وكيلاً بالشراء بالثمن الحال أو بالثمن المؤجل. كما إذا باع الحاكم أو أمينه مال المحجور فلا تعود عهدة البيع عليه، بل على ذلك المحجور، أنظر شرح المادة (٩٩٩). كذلك إذا باع الحاكم الرهن على ما هو مبين في شرح المادة (٧٩١) فلا تعود حقوق العقد إلى الحاكم بل تعود إلى الرهن.

وبهذه الصورة لو أجرى الصبي المميز غير المأذون عقداً حسب الوكالة فلا تعود إليه حقوق العقد، ولو بلغ بعد ذلك وترجع أيضاً إلى موكله (الشرنبلالي، البحر، الهندية). لأن المانع لعودة حقوق العقد إلى الصبي حق لذلك الصبي ولا يزول حقه ببلوغه (البحر).

والحكم على هذا المنوال أيضاً في المحجور بالسفه، يعني أنه يجوز أن يكون هذا وكيلاً وتعود حقوق العقد إلى موكله (البحر، وتكملة رد المحتار)

حقوق العقد، تسلم المبيع؛ وقبض الثمن، والمطالبة بثمن المال المشترى، ورد وإعادة ثمن المبيع إذا ضبط المبيع بالاستحقاق من يد المشتري، وغير ذلك من الأمور، وسيفصل في المادة (١٤٦٠) (الدرر بزيادة)

فإذا وكل الصبي المميز الغير مأذون تعود حقوق العقد إلى موكله، إلا أنه إذا قبض الصبي

المذكور ثمن المال الموكل ببيعه صح القبض، لأنه لما كان الصبي عاقلاً وكان أصيلاً في حقوق العقد، فعدم لزوم حقوق العقد لا تدل على انتفاء الجواز «البحر»

لكن إذا كان الصبي المميز مأذوناً ووكيلاً بالبيع كان البيع صحيحاً وكانت حقوق العقد عائدة عليه، سواء أكان وكيلاً بالبيع بثمن حال أو بثمن مؤجل. وفي صورة كونه وكيلاً بالشراء بثمن حال يكون شراؤه صحيحاً أيضاً، وتكون حقوق العقد عائدة إليه استحساناً، وإذا كان وكيلاً بالشراء بثمن مؤجل واشترى على هذا الوجه، كانت حقوق العقد عائدة إلى الموكل وليس إلى الوكيل. لأنها في هذه الصورة تكون بمعنى الكفالة (البحر، والهندية). وللبائع أن يطلب ثمن المبيع من الموكل. وليس من الوكيل (الطحطاوي ورد المحتار).

وبهذه الصورة إذا اختلف في كون الصبي محجوراً أو مأذوناً فالقول لمدعي الاذن؛ لأن الأصل في العقد النفاذ، واقدام الصبي على العقد ومباشرته أياه دليل على النفاذ (البحر).

وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي محجور، له خيار الفسخ. (تكملة رد المحتار).

ويفهم من التفصيلات السابقة أن عبارة المجلة هذه مجملة جداً.

٢ ـ لحوق علمه بكونه قد وكل: يشترط لحوق علم الوكيل بكونه قد وكله.

بناء عليه فلو وكل أحد آخر غائباً ببيع ماله وباع الغائب ذلك من آخر قبل أن يلحق التوكيل بعلمه كان البيع المذكور فضولياً، ويكون موقوفاً على اجازة الموكل أو اجازة الوكيل بعد العلم. أنظر المادة (١٤٥٣)، (رد المحتار، البحر، الهندية). وحكى في البدائع فيه اختلافاً ففي الزيادة أنه شرط، وفي الوكالة أنه ليس بشرط (تكملة رد المحتار).

وكما يثبت العلم بالتوكيل وبالاعلام والاخبار مشافهة وإرسال كتاب وإرسال رسول فيحصل أيضاً باخبار رجلين فضوليَّيْن أو اخبار رجل واحد عدل. وكذلك يحصل العلم إذا أخبر رجل غير عادل وصدقه الوكيل. أما إذا لم يصدق الوكيل خبر الرجل غير العادل فلا يحصل العلم عند الإمام الأعظم ولا تثبت الوكالة، (تكملة رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٠٢٩)

٣ ـ علم الوكيل: كون الوكيل معلوماً شرط؛ يعني أنه يشترط ألا يكون الوكيل مجهولاً جهالة فاحشة. فإذا كان الوكيل مجهولاً فلا تصح الوكالة.

وعليه فلو أمر الدائن مدينه بقوله اعط ديني لمن يأتيك بالعلامة الفلانية، أو من يقول لك القول الفلاني، أو من يضغط على أصبعك فلا يصح، فلذلك لو أعطى المدين الدين لمن جاءه بتلك العلامة فلا يبرأ من الدين (رد المحتار)

كذلك لو قال المودع للمستودع: من أتى بعلامة كذا فسلم إليه الوديعة، فبما أن هذا التوكيل ليس صحيحاً فإذا سلمها المستودع من جاءه بتلك العلامة كان ضامناً.

أما بالعكس أي إذا امتنع عن تسليم الوديعة إلى من أتى بتلك العلامة وتلفت الوديعة في يده، فلا ضمان. لجواز ان غير رسول المودع يأتي بتلك العلامة (التكملة).

أما الجهل بالوكيل جهالة فاحشة فلا تمنع من صحة الوكالة. وعليه فلو قال أحد لاثنين معينين خطاباً لهما: «وكلت أحدكما ببيع فرسي هذا» جازت، وأيهما باعه كان البيع صحيحاً نافذاً (التكملة).

وكل بعض الورثة انساناً ليستوفي نصيبه من ديون مورثه على الناس، ولا يعلم الموكل والوكيل بعض من عليهم الديون يصح (تكملة رد المحتار).

وفي الخانية رجل قال لرجلين وكلت أحدكما بشراء فرس لي بألف درهم. فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر فإن الآخر يكون مشترياً لنفسه، ولو اشترى كل واحد منهما فرساً ودفع شراؤهما في وقت واحد كان الفرسان للموكل (تكملة رد المحتار).

المادة (١٤٥٩) - (يصح أن يوكل أحد غيره في الأمور التي يقدر على اجرائها بالذات وبإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات. مثلاً: لو وكل أحد غيره بالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والإتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وإيفاء الديون واستيفائها وقبض المال، يجوز ولكن يلزم أن يكون الموكل به معلوماً.)

يصح أن يوكل أحد غيره في الأمور التي يقدر على اجرائها بالذات لنفسه أو لغيره بحسب الولاية وبإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات. لأن الإنسان لما كان يعجز أحياناً عن مباشرة ذلك ويحتاج إلى من يوكل فقد مست الحاجة إلى جواز التوكيل لدفع الحاجة أنظر المادة (١٧) (رد المحتار)، وقد بين ذلك في أول هذا الكتاب.

إيضاح القيود:

١ - التي يقدر على اجرائها بالذات الخ: يستفاد من هذا أنه ليس له توكيل غيره بالأمور التي لا يستطيع عملها بالذات. كذلك قد وضح في شرح المادة (١٤٤٩).

وقد أخرج بقوله (اجرائها بالذات) توكيل الوكيل من الضابط لأنه ليس لمن وكل بخصوص أو يوكل آخر به بلا اذن أو تعميم. كما قد ذكر في المادة (١٤٦٦). مثلاً لو كان أحد وكيلاً ببيع مال؛ فمع أن له أن يبيع ذلك المال ليس له توكيل آخر ببيعه، ولا يقال ان طرد هذه المادة قد نقض، لأن المقصد هو أن يعمله بالذات لنفسه. فإن قلت يرد عليه أنه يوكله بإذنه مع أنه لا يصدق عليه التعريف فيجاب بأنه إذا وكل باذن صار الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأول والموكل الأول يباشره لنفسه (تكملة رد المحتار).

كذلك قد قيل في الشرح لغيره بحسب الولاية، فقد شمل ذلك تصرف الأب أو الوصي في مال الصغير. لأن تعيين هؤلاء وكلاء في الأمور التي يجوز لهم التصرف فيها في مال الصغير صحيح (الدر المختار)

٢ ـ في الأمور: فالأمور المذكورة سواء أكانت من العقود كالبيع، والشراء، والإجارة، والرهن، والهبة أو كانت من غير العقود كالخصومة والمرافعة.

للرجل أن يوكل امرأة كما للمرأة أن توكل رجلاً (العناية)

وفي هذه الحال فكما أن للإنسان أن يبيع ماله بالذات فله أن يوكل آخر ببيعه أيضاً. وكما ان له حق المخاصمة بالذات، يعني كما ان له حق أن يكون مدعياً أو مدعى عليه فله أن يوكل آخر بالخصومة عنه.

٣ ـ بخصوص المعاملات: يحترز بهذا التعبير عن الحدود والقصاص. فالوكالة باستيفاء الحدود والقصاص لا تجوز في حال غيبة الموكل عن مجلس الاستيفاء. لأن تلك تندفع بالشبهات (الدرر، رد المحتار، البحر)

وتفصيل ذلك هو أنه وإن جاز لولي القتيل توكيل آخر للمحاكمة مع القاتل في دعوى القصاص؛ فلا يجوز أن يوكل آخر لاجراء القصاص واستيفائه في محل ليس حاضراً فيه أي في غيابه، ولو كان ولي القتيل حاضراً بالذات في محل القصاص ووكل آخر في حضوره بأن يقتل القاتل قصاصاً جاز (معيار العدالة).

أما الوكالة بإيفاء القصاص (الإيفاء تسليم نفس الجاني) فهي باطلة، أنظر المادة (٦٣٢) (تكملة رد المحتار).

٤ ـ في إيفائه واستيفائه: فالإيفاء هو اعطاء أحد لآخر الشيء الذي يلزمه اعطاؤه إليه، والاستيفاء أيضاً هو أن يأخذ الشيء الذي يلزم آخر اعطاؤه إليه. وبهذه الصورة لو وكل أحد آخر بإيفاء دينه الذي لآخر فكما أنه يجوز، فلو وكل آخر بقبض ماله من الدين في ذمة آخر جاز أيضاً.

إيضاح الإيفاء ـ الإيفاء يكون على نوعين:

أحدهما، يكون في الأعيان. كالوكالة برد تسليم المبيع للمشتري، والمرهون للمرتهن والمأجور للمستأجر أو للمؤجر، والوديعة للمودع.

ثانيهما، يكون في الديون؛ كالوكالة بإيفاء ثمن المبيع وبدل الإجارة وبدل القرض والوكالة بإيفاء الديون ثلاثة أنواع أيضاً:

النوع الأول ـ يكون بقول الموكل؛ لمن سيكون وكيلاً، اعط من مالك لفلان ماله بذمتي من الدين الذي هو كذا درهماً، وعليه فإذا أوفى المأمور إلى دائن ذلك الشخص المذكور الدين من ماله فله الرجوع على المدين الذي هو آمره بمقتضى المادة (١٥٠٦).

وفي هذه الصورة إذا صدق المدين كلام المأمور بإيفائه الدين لزم المدين أداؤه إليه.

وليس للمدين أن يقول للمأمور إني أعرف أنك قد أوفيت الدين لدائني، لكن قد ينكر الدائن القبض منك ويأخذ الدين مني ثانية؛ ويمتنع عن إيفائه ما أعطى أنظر المادة (٧٤)؛ لكن لو حضر الدائن مؤخراً وأنكر استيفائه الدين من الوكيل وحلف اليمين لدى عدم الإثبات وأخذ بعد ذلك دينه من الموكل فللموكل أيضاً أن يأخذ ما أعطاه من الوكيل. ولا يمنع الموكل من الرجوع تصديقه قول الوكيل «أعطيته للدائن» قبلاً لأنه لما كان المأمور وكيلاً بشراء الدين الذي في ذمة الآمر بمثله وباعطاء الثمن من ماله فيستطيع المأمور الرجوع على الآمر في حالة بقاء الدين المشترى الذي في ذمة الآمر سالماً لنفسه. أنظر المادة (١٤٩١). أما إذا لم يبق سالماً فليس له حق الرجوع، وإذا بقي المبيع كالمشترى سالماً له يؤمر حينئذ بتأدية ثمن المبيع، أما إذا لم يبق سالماً لضبط المبيع بالاستحقاق أو لتلفه في يد البائع قبل التسليم فلا يجبر على تأدية الثمن (البحر بزيادة، تكملة رد المحتار)

وفي هذه الصورة مثلاً لو أمر أحد آخر قائلاً أوف لفلان عشرة دنانير هي بذمتي، وأخبره المأمور بأنه أوفاها، وصدقه الآمر ثم أخذ الدائن من الآمر بعد أن عجز المدين عن اثبات دفع الوكيل، وبعدحلف المدين اليمين، فليس للمأمور أن يرجع على آمره بما أوفاه.

النوع الثاني: أن يعطي الموكل الشخص الذي سيكون وكيلاً عشرة دنانير وأن يأمره بدفعها لشخص له بذمته هذا المبلغ؛ وفي ذلك ثلاثة احتمالات.

الاحتمال الأول ـ هو أن يقر الدائن بأخذه دينه من الوكيل بالإيفاء، أو يثبت بالشهود العادلة؛ أو بنكول الدائن عن اليمين، وفي هذا الحال فكما أن المدين يبرأ من الدين يبرأ الوكيل أيضاً، ولا تلزم اليمين الوكيل المذكور.

الاحتمال الثاني ـ هو ان يدعى الوكيل إيفاءه الدين، ومع تصديق المدين الذي هو موكله دعواه كمنكر الدائن ذلك؛ وأن يحلف الدائن لدى التكليف على عدم استيفائه إياه عند عدم اثبات أخذ الدائن وقبضه بالبينة. والقول للدائن بكونه لم يقبض الدين مع اليمين. أنظر شرح المادة (٨).

وفي هذه الصورة يكون المدين الموكل ملزماً بإداء دينه للدائن. وليس للموكل يعني المدين المذكور أن يقول لوكيله: «بما أنه فهم أنك لم تعط ذلك المبلغ لدائني فأريد أن ترجعه إلي».

لأن كل أمين يدعي إيصال الأمانة إلى أهلها ويقبل قوله ببراءة ذمته مع اليمين. أنظر المادة (١٧٧٤)، وعليه فبما أن المدين يعتقد بانكار الدائن القبض واستيفاءه الدين ثانية أنه ظالم وهو مظلوم وليس للمظلوم أن يظلم آخر، أي يظلم وكيله، أنظر المادة (٩٢١).

وإذا اختلفت في تعيين الشخص فسيأتي حكم ذلك في شرح المادة (١٤٦٣)

الاحتمال الثالث، ان يدعي الوكيل أنه أعطى النقود التي أخذها من الموكل إلى الدائن، وأن يكذب المدين والدائن الوكيل المذكور؛ يعني كما أن المدين الموكل يقول لوكيله أنت لم تعط النقود لدائني، يقول الدائن أيضاً لم آخذ ديني من الوكيل المذكور. وفي هذا الحال فالقول للوكيل ببراءة نفسه مع اليمين بمقتضى المادة (١٧٧٤). يعني ليس له أن يضمن الوكيل تلك النقود.

ويلزم الموكل أي المدين أداء دينه، وتكون خسارة النقود المعطاة للوكيل عائدة على المدين الموكل،

لكن لا تتوجه اليمين على الدائن والمأمور أي الوكيل كلاهما معاً، وإنما يصدق المدين أو وكيله الذي هو المأمور أو دائنه. وعليه فإذا صدق ادعاء المأمور قوله (أعطيت للدائن) وكذب قول دائنه بقوله لم أقبض، ولم يمكن اثبات قبض الدائن بالبينة، فيحلف الدائن اليمين على كونه لم يقبض.

وإذا نكل فيظهر أنه استوفى دينه من المأمور، لذلك فليس له أن يطلب ذلك تكراراً من المدين. وإذا صدق إدعاء دائنه (لم أقبض) وكذب مأموره في قوله (أعطيت الدائن) فيستحلف المأمور على كونه دفع المبلغ المذكور للدائن وسلمه إياه. فإن حلف برىء المأمور تجاه موكله من المطالبة بناء على المادة (١٧٧٤). لكن يلزم الموكل اعطاء دينه لدائنه. وإن نكل ضمن المأمور المبلغ المأخوذ لموكله الذي هو آمره (الهندية، البحر).

النوع الثالث ـ أن يكون المأمور وكيلاً بإداء الدين من المال المضمون الذي في ذمته أو يده، وبهذه الصورة لو كان المال الذي في يد المأمور مضموناً وليس بمال أمانة ولم يصدق المأمور تجاه آمره قوله (قد أعطيته في المحل الذي أمرت) فيلزمه اثبات ذلك بحجة.

مثلاً: لو أمر الدائن مدينه قائلاً اعط ديني الذي عليك لدائني فلان، وأدعى المدين بعد ذلك إنني أعطيت ألف درهم الذي هو ديني بناء على أمرك إلى ذلك الشخص، وقال ذلك الشخص لم آخذه؛ فيجبر على اثبات اعطائه ذلك الشخص بالبينة، وما لم يثبت لا يبرأ من الضمان. إلا إذا صدق الآمر يعني الدائن أن المدين قد أعطى ذلك الشخص ألف درهم وأقر به، ويبرأ المدين في ذلك الحل من الدين، لكن لا يثبت القبض في حق الشخص المذكور بتصديق الدائن مدينه بإدعائه أدعاء ذلك المبلغ للشخص المذكور وإذا لم يمكن إثبات استيفاء ذلك الشخص بالبينة، فالقول بعدم القبض مع اليمين لذلك الشخص، ويستوفي ذلك الشخص دينه من الموكل.

وإذا كذب الآمر المأمور في ادعائه اعطاء ذلك الشخص المبلغ المذكور، ولم يستطع المأمور الإثبات أيضاً فله طلب يمين الآمر. يحلف الآمر على أنه لا يعلم باعطاء المأمور المبلغ لذلك الشخص فإن حلف الآمر أخذ دينه من المأمور، وإن نكل سقط الدين عن المأمور (الهندية).

إيضاح الاستيفاء ـ والوكالة بالاستيفاء أيضاً على نوعين:

١ ـ يكون في الأعيان، كالوكالة بقبض المبيع والمأجور والمستعار والمرهون والوديعة وسائر الأمانات. والوكالة بالغصب.

٢ ـ يكون في الديون، كالوكالة بقبض وأخذ ثمن المبيع، وبدل الإجارة، وبدل المغصوب وبدل المتلف وبدل المقروض. وعليه لو أدعى الشخص الذي هو وكيل بالقبض على الوجه السالف أنه قبض الدين وأعطاه لموكله، أو تلف في يده ينظر. فإذا كان موكله في زمن هذا الإدعاء حياً يقبل قول الوكيل هذا بدفع الضمان عن نفسه ويكون المدين بريئاً أيضاً. ولو كان المدين ممن لا تجوز شهادتهم للوكيل، أنظر المادة (١٧٠٠). لكن في حق براءة المدين لا في حق الرجوع على الموكل، على تقدير الاستحقاق، حتى لو استحق انسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل فأنه لا يرجع الوكيل على موكله، (تكملة رد المحتار).

أما إذا كان الموكل قد توفي، فيقبل في حق براءة نفسه فقط، لأن كل أمين يقبل قوله بإيصاله الأمانة إلى مستحقها أنظر المادة (١٤٦٣). كالمستودع والوكيل والناظر. لكن قول هذا لا يسري على الدائن الذي هو موكله، ولا يحكم بكون الدائن قد أخذ دينه إلا إذا ثبت بتصديق ورثة الموكل أو بالبينة قبض الوكيل في حياة الموكل.

واختلاف الأحكام الواقع بين حياة الموكل ومماته نشأ عن القاعدتين الآتيتين:

القاعدة الأولى، كل من حكى أمراً؛ أو أخبر به وكان غير مقتدر على انشاء واستئناف ذلك الأمر في وقت الإخبار أي لم يكن مقتدراً على إيجاده تكراراً فإذا كانت هذه الحكاية متضمنة إيجاب ضمان الغير فلا يصدق. وإذا كانت متضمنة دفع الضمان عن نفسه يصدق.

القاعدة الثانية ـ كل من حكى أمراً وكان مقتدراً على استئنافه في حال حكايته يقبل قوله ولو وجب الضمان على الغير.

وفي هذه الصورة لو قال الوكيل بقبض الدين قبضت الدين من المديون واعطيته للموكل وموكله على قيد الحياة والوكالة باقية في عهدته فيكون قد حكى وأخبر بشيء مقتدر على عمله في حال حكايته. وعلى هذا فبما أن الوكالة باقية فله القبض أيضاً في حال حكايته إلى موكله وتسليمه. ومع أنه في هذه الحكاية إيجاب لضمان الغير أي الموكل، (أنظر شرح المادة ١٥٨) ومع أنه قد قبل القول وسرى على الغير أيضاً أي على الموكل. أما إذا توفي موكله فبما أنه لا تبقى وكالة الوكيل بناء على المادة (١٥٢٧). فلو قال الوكيل بعد ذلك إنني قبضت الدين وأعطيته لموكلي فلما كان غير مقتدر على عمل الشيء الذي أخبر به حال حكايته إياه فقد قسم حكم هذا الإخبار إلى قسمين:

أولهما، براءة نفس الوكيل، ويصدق الوكيل في هذا الخصوص. لأن الوكيل بناء على المادة (١٤٦٣) أمين ولا تبطل الأمانة وإن بطلت الوكالة لوفاة الموكل. فلذلك لا يلزم الوكيل المذكور ضمان المقبوض.

وليس للمدين مراجعة هذا الوكيل أيضاً.

لأن ورثة الدائن تكون قد ظلمت المدين لأخذها الدين مرة ثانية، حال كون مورثهم الدائن قد استوفى ذلك الدين بواسطة وكيله، فلذلك ليس للمظلوم وهو المدين أن يظلم غيره أي يظلم الوكيل. أنظر المادة (٩٢١).

ثانيها، إيجاب الضمان للغير. يعني لو قال الوكيل بقبض الدين بعد موت الموكل: (أخذت الدين وسلمته إلى موكلي الدائن)، ففي حكايته هذه الزام الموكل المتوفي بالضمان. ولأن الديون تقضي بأمثالها، إذ يثبت للمدين في ذمة الدائن مثل مطلوب الدائن ويكون تقاصاً بين الدينين. بناءً عليه لا يقبل قول الوكيل هذا على الموكل بعد موته؛ ويلزم ورثة المدين اثبات دفعه إلى الدائن وتسليمه إليه (**واقعات المفتين، الطحطاوي، الأنقروي، البهجة، البحر**، رد المحتار، **الخيرية في** أول الوكالة بزيادة وإيضاح).

وسنذكر بعض المسائل المتعلقة بالوكالة بقبض الدين في شرح مثال هذه المادة.

وهذه المادة ضابط للموكل به وليس بتعريف له. بناء عليه لا ينتقض هذا بتوكيل أحد آخر بما لا يمكن أن يعمله بالذات. كما مر في شرح المادة (١٤٤٩). لأن إبطال القواعد يكون بابطال الطرد أي بابطال التلازم في الثبوت وليس بابطال العكس، أي ابطال التلازم في الانتفاء. (رد المحتار).

الطرد: ما يوجب الحكم لوجود العلة وهوالتلازم في الثبوت (رد المحتار).

العكس: هو التلازم في الانتفاء بمعنى كلما لم يصدق الحد لم يصدق المحدود، وقيل العكس عدم الحكم لعدم العلة (تعريفات السيد).

مثلاً: ابطال قاعدة (كل انسان ناطق) يكون بإرادة بعض من لم يكن ناطقاً من بني الإنسان ولا يحصل بإرادة بعض الحيوانات الناطقة التي ليست من بني الإنسان. يرد على قولهم يوكل بكل ما يباشره بنفسه مما يملكه أنه غير مطرد ولا منعكس، مع أن الذي يملك بيع الخمرة ولا يملك توكيل المسلم فيه؛ والمسلم لا يملك بيع الخمر، ويوكل الذمي فيه ويجاب بأن الذمي وإن ملك التصرف لا يملك توكيل المسلم، لأنه منهي عنه، والمسلم لا يملك التصرف في الخمر لعارض النهي، وأما أصل التصرف وهو البيع فجائز، ولذلك صح توكيل الذمي بيعه، (تكملة رد المحتار).

مستثنيات هذا الضابط: يستثنى من هذا الضابط ثلاث مسائل:

المسألة الأولى؛ المباحات، يعني التوكيل في المباحات غير صحيح. فلو وكل أحد آخر بالاحتطاب يعني بجمع الحطب من الجبال المباحة وبالاحتشاش أي بجمع الحشيش وإخراج الجواهر والمعادن من الأرض فليس بصحيح. حتى إن ما يحصله الوكيل يعد مالاً له وليس لموكله أن يأخذ شيئاً. أنظر شرح المادة (١٣٣٣) (الهندية وتكملة رد المحتار). فها هو لم يجز أن يوكل أحد آخر بالاحتطاب مع أن له الحق في أن يحتطب بنفسه.

المسألة الثانية، الاستقراض: يعني أن الوكالة بالاستقراض باطلة، لأن الملكية في القرض ليست بمجرد العقد، وتثبت بالقبض فقط، وفي هذه الصورة لا يصح للموكل أن يأمر وكيله بحق قبض المقروض، لأن المقروض ملك للغير، والأمر الذي على سبيل القبض والتصرف في ملك الغير باطل أنظر المادة (٩٦) لأن البدل فيه لا يجب ديناً في ذمة المستقرض بالعقد بل بالقبض ولأمر بالقبض لا يصح، لأنه ملك الغير بخلاف البيع فإن حكمه يثبت بالعقد فيقوم غيره مقامه فيه (تكملة رد المحتار).

وعلى هذا التقدير لو كان أحد وكيلاً بالاستقراض وأضاف القرض إلى نفسه نفذ هذا العقد على الوكيل وكان القرض عائداً على الوكيل. وليس للموكل أن يأخذ من الوكيل جبراً (البحر). مثلاً لو قال أحد لآخر (اذهب إلى الشخص الفلاني واستقرض لي منه عشرة دنانير) وذهب ذلك الشخص إلى المستقرض منه وقال له اقرضني عشرة دنانير. واستقرض باضافة القرض إلى نفسه كان هذا المبلغ ملكاً للوكيل. وإذا هلك في يده عادت الخسارة عليه؛ وليس له الرجوع على موكله، وله أن يمتنع عن تسليم المبلغ المذكور إلى موكله، (الطحطاوي؛ الهندية)

لكن الرسالة بالاستقراض صحيحة. يعني لو كان أحد وكيلاً بالاستقراض وأضاف ذلك الوكيل العقد حين الاستقراض إلى موكله صح وكان القرض لموكله (البحر).

فلو أعطى أحد آخر كتاباً قيمته ألف قرش وقال: اقصد إلى فلان واعطِهِ هذا الكتاب واستقرض منه لأجلي ألف قرش وارهن هذا الكتاب في مقابل المبلغ المذكور؛ وبعد أن وكل ذلك الشخص بالاستقراض والرهن، أي بعد أن عينه رسولاً فقصد إلى ذلك الشخص وقال له: إن فلاناً يطلب منك أن تقرضه ألف درهم ويرهن عندك هذا الكتاب في مقابل ذلك. وأقرض ذلك الشخص، كان المبلغ المذكور ملكاً لذلك الشخص أي المستقرض. ويكون الكتاب مرهوناً من قبله، ويكون تخليص ذلك الرهن وظيفة ذلك الشخص وليس وظيفة الرسول. لكن لو أضاف الرسول القرض وكذا الرهن إلى نفسه، يعني لو قصد إلى ذلك الشخص وقال له إقرضني ألف قرش وخذ في مقابل المبلغ هذا الكتاب رهناً، وقبل ذلك الشخص على هذا الوجه كان الألف قرش ملكاً لذلك الشخص وليس للمرسل أن يأخذه منه. ويضمن الرسول ذلك الكتاب، فلو هلك في يد المرتهن كان المرسل مخيراً إن شاء ضمن قيمة الكتاب الحقيقية للرسول الراهن، وإن شاء للمرسل إليه المرتهن. فإذا ضمن الأول جاز الرهن وسقط الدين، وإن ضمن الثاني أخذ دينه، وقيمته الكتاب من ذلك أنظر المادة (٦٥٨) (الهندية).

لو بين الشخص الذي هو رسول للاستقراض أنه أخذ النقود من المقرض، وصدقه المقرض أيضاً لكن أنكر الموكل يعني المرسل قبض الرسول، كان القول للمرسل، (الأنقروي) ولا يلزم المرسل الضمان بمجرد قول الرسول قبضت.

المسألة الثالثة، اليمين، يعني لمن تتوجه اليمين عليه القيام بها. لكن ليس له أن يوكل غيره باجراء هذا اليمين؛ يعني لو قال أحد لآخر قد وكلتك على أن تحلف اليمين من طرفي فلا يجوز.

أنظر المادة (١٧٤٥) ويرى في هذه المسألة أن الشخص مع أن له أن يؤدي اليمين بالذات فليس له أن يوكل غيره بأدائها (البحر).

مثلاً يجوز أن يوكل أحر آخر بالبيع والشراء والسلم والفراغ والتفرغ وتأجيل الثمن والإيجار والاستئجار والرهن والإرتهان والإيداع والاستيداع والهبة والإتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة وإيفاء الديون واستيفائها وقبض ماله وبالمزارعة والمساقاة والرد بالعيب والإعارة والاستعارة والرجوع عن الهبة وإعطاء الصدقة والإقراض، وأن يوكل آخر بأن يوكل من طرفه الشخص الفلاني بالخصوص الفلاني وبالنكاح والطلاق والتقسيم كان جائزاً.

حتى إن الموكل لو ندم على توكيله الوكيل بعد أن قام بالموكل به فلا يستفيد، وينفذ تصرف الوكيل على الموكل. مثلاً لو وكل أحد آخر المرافعة والخصومة فندم الموكل بعد أن لحق الوكيل الحكم عليه لدى المرافعة فقال لست راضياً عن هذه المرافعة فلتجر المرافعة معي فلا يلتفت إلى كلامه (البهجة) كذلك لو وكل أحد آخر بابراء أحد من دعواه المتعلقة بخصوص ما، وبعد أن أبرأ الوكيل الشخص المذكور من الخصوص المذكور بالإضافة إلى موكله ندم الموكل على توكيله ذلك الشخص فليس للموكل الإدعاء بالخصوص المذكور بعد، (هامش البهجة) كذلك لو ندم الموكل بعد أن باع وكيله بالبيع ما له بحسب الوكالة فليس له أن يفسخ البيع (البهجة).

كذلك لو أقرض الوكيل بالإقراض المبلغ المأمور بإقراضه للمستقرض وفر المستقرض بعد التسليم فليس للموكل أن يضمن الوكيل المبلغ المقروض (التنقيح).

لكن يلزم لصحة الوكالة أي لعدم بطلانها أن يكون الموكل به معلوماً وغير مجهول جهالة فاحشة، على ما سيبين في الفصل الثالث، بناء عليه إذا كان الموكل به مجهولاً جهالة فاحشة لا تجوز الوكالة، أو رد عليه التوكيل بالعام، وأجيب بأنه معلوم في المجلة، ولو لم يكن معلوماً كمن كثرت معاملاته بطل التوكيل (تكملة رد المحتار)

حتى أنه لو أعطى أحد آخر عشرة دنانير، وقال له خذ لأجلي شيئاً بها لا تكون الوكالة هذه جائزة لأن المال للموكل به الذي سيشتري مجهولاً «الولواجية». فلو اشترى الوكيل فرساً بإضافته العقد إلى نفس المومى إليه بقي الفرس مالاً للوكيل أنظر شرح المادة (١٤٥٣).

أما الجهل بالموكل به جهالة يسيرة لا يضر بالوكالة، فلو قال أحد لآخر بع فرسي هذا أو ذاك، وباع الآخر أحدهما جاز. كذلك لو أعطى أحد عليه لكل من زيد وعمرو عشرة دنانير إلى بكر وقال أعطها إلى زيد أو عمرو، وأعطاها الآخر إلى أحدهما جاز (تكملة رد المحتار).

وقد صار تعداد الأمور التي يجوز التوكيل بها متناً وشرحاً، فبلغت سبعة وثلاثين، على أن الأمور التي يجوز التوكيل بها لا تنحصر فيما ذكر كما هو ظاهر ولنبادر الآن إلى إيضاح الأمور المذكورة فيما يلي.

البيع - سيوضح في المادة (١٤٩٤) وما يتلوها من المواد.

الشراء - سيفصل في المادة (١٤٦٨) وما يتبعها.

السلم ـ يصح التوكيل بالسلم. مثلاً لو أعطى أحد آخر عشرين ديناراً وقال له اعطني بهذه العشرين ديناراً مائة صاع من الحنطة سالماً وأعطاه جاز. أما التوكيل بقبول عقد السلم فلا يجوز (تكملة رد المحتار).

الفراغ والتفرغ ـ يجوز توكيل آخر بالفراغ سواء أكان بالأراضي الأميرية أم المستغلات الموقوفة التي يتصرف بها بالإجارتين.

فراغ الأراضي ـ يعتبر فراغ الوكيل بالفراغ الواقع باذن صاحب الأرض، فلو ندم الموكل بعد الفراغ فليس له نقض الفراغ.

وإذا تفرغ الوكيل بالفراغ بالأراضي لأحد، وتفرغ الموكل لآخر بتلك الأراضي فأي الفراغين كان المقدم كان هو المعتبر.

فإذا تفرغ الوكيل بعد أن تفرغ الموكل يعتبر فراغ الوكيل. ومتى تفرغ الموكل يصبح الوكيل عاجزاً عجزاً مستمراً عن القيام بلوازم الوكالة وبناء عليه يكون منعزلاً من الوكالة. كذلك لو تفرغ الوكيل أولاً والموكل بعده فلا يعتبر فراغ الموكل. لأن الأراضي قد خرجت من تصرف الموكل بالفراغ الأول وإذا لم يعلم أي الفراغين كان المقدم منهما، اعتبر فراغ الموكل هو المقدم والوكيل بالفراغ على الإطلاق له أن يتفرغ بالأراضي بالثمن الذي يراه مناسباً كثيراً كان ين قليلاً، أنظر المادة (١٤٩٤). وليس لموكله أن يقول لا أقبل هذا الفراغ، لكن لو قال الموكل تفرغ بكذا فليس للوكيل التفرغ بأنقص، وإن فعل كان موقوفاً على اجازة موكله. أنظر المادة (١٤٩٥)

كذلك ليس له في هذه الصورة أن يتفرغ مجاناً. وإن فعل فليس له أن يمسك موكله، وللموكل أن يعطيها بطابو المصل لآخر. وإذا كان الوكيل بالفراغ شخصين وتفرغ أحدهما فلا يعتبر الفراغ أنظر المادة (الـ ١٤٦٥)

ليس للوكيل بالفراغ أن يتفرغ بأراضي موكله لنفسه أو لمن لا تجوز شهادته إليهم، أنظر المادة (١٧٠٠) إلا أن يتفرغ لآخر بزيادة في الثمن أو أن يقول الموكل (تفرغ لمن شئت)

وحينئذ يجوز التفرغ لمن لا تجوز شهادته إليهم. أما لشخصه أي لنفسه فلا يجوز التفرغ، لأنه لا يمكن أن يتولى طرفي العقد شخص واحد.

ولوكيل التفرغ على الإطلاق أن يتفرغ بأراضي موكله بثمن معجل، أو بثمن مؤجل إلى أجل معروف بين الناس، وليس للوكيل أن يتفرغ بالأراضي بثمن مؤجل إلى مدة طويلة مخالفة للعرف والعادة كعشرين سنة؛ مثلاً كما أنه لا يجوز للوكيل إذا كان موكلاً بالتفرغ بثمن معجل سواء أكان ذلك صراحة أو دلالة أن يتفرع بثمن مؤجل.

لا يجبر الوكيل بالتفرغ على اداء بدل التفرع من ماله في حال عدم قبضه إياه من المتفرغ له أنظر المواد (الـ ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٥٠٢).

لو تفرغ الوكيل بالفراغ بعد زوال فلا ينفذ فراغه، إلا أنه يشترط أن يكون العزل قد لحق بعلم الوكيل وفي هذه الصورة لو تفرغ الوكيل بعد علمه فلا يعتبر؛ أما لو تفرغ العزل وقبل لحوق العلم كان معتبراً.

لو تفرغ الوكيل بالتفرغ بعد موت الموكل فلا يعتبر سواء ألحق علمه وفاة الموكل أم لا.

تفرغ الأراضي: للشخص الذي وكل بالتفرغ بالأراضي من دون تعيين بدل من طرف الموكل

التفرغ ببدل مثله وبالغبن اليسير: أما إذا تفرغ بغبن فاحش فلا ينفذ في حق الموكل، أنظر المادة (١٤٨٢).

ليس لمن وكل بالتفرغ أو تفويض أرض معينة فراغها لنفسه. وإن فعل فلا تكون له وتكون لموكله يعني ينزع الموكل برأي صاحب الأرض تلك الأرض من عهدة الوكيل ويأخذ سند طابو على اسمه، إلا أن الوكيل المذكور إذا تفرع بالأرض بأكثر من الثمن الذي عينه له الموكل فكما تبقى في عهدة الوكيل؛ فإذا لم يعين الموكل بدلاً وفرغها بغبن فاحش بقيت أيضاً في عهدة الوكيل، أنظر المادة (١٤٨٥)

فراغ المستغلات: يعتبر فراغ الوكيل بالفراغ الواقع برأي المتولي. وإذاندم الموكل بعد الفراغ فليس له نقض الفراغ.

ولمن وكل بالفراغ على الإطلاق فراغ مستغل موكله بالبدل الذي يراه مناسباً كثيراً كان أو قليلاً. وليس للموكل أن يقول لا أقبل. أما لو قال الموكل تفرغ بكذا فليس للوكيل التفرغ بأنقص منه. وإن فعل كان موقوفاً على اجازة موكله. أنظر المادة (١٤٩٥). أما بأكثر منه فله التفرغ.

ليس للوكيل بالتفرغ فراغ المستغل الذي وكل بالتفرغ به لنفسه؛ كذلك له أن يتفرغ لمن لا تجوز شهادته إليهم كالأولاد والأبوين والزوجة.

لكن لو وكله الموكل بأن يتفرغ لأحدهما وعمم الوكالة بقوله له أفرغه لمن شئت، فله أن يتفرغ لهم.

لو تفرغ الوكيل بالتفرغ بعد العزل فلا يعتبر لكن يشترط لحوق خبر العزل علم الوكيل. بناء عليه لو تفرغ بعد العزل وقبل العلم بالعزل كان التفرغ صحيحاً ومعتبراً.

وإذا تفرغ الوكيل بالتفرغ بعد موت الموكل فلا يعتبر سواء ألحق علمه وفاة الموكل أم لم يلحقه.

فراغ المستغلات: وإذا تفرغ الوكيل بالتفرغ بعقار وقف ذي اجارتين بدون تعيين بدل له من طرف الموكل في مقابل بدل زائد زيادة فاحشة عن بدل مثل ذلك العقار لأجل الموكل فلا ينفذ هذا الفراغ في حق الموكل. أنظر المادة (١٤٨٢).

لو وكل أحد آخر بفراغ عقار وقف معين ذي اجارتين في مقابل بدل كذا درهماً، وبعد ذلك

فرغ الوكيل بإذن المتولي العقار في مقابل بدل بذلك المقدار من الدراهم، واستحصل على سند باسمه، فللموكل أن ينزع ذلك العقار من عهدة الوكيل برأي المتولي ويبطل السند ويحصل على سند باسمه.

تأجيل الثمن ـ التوكيل بتأجيل الثمن على الإطلاق صحيح، بناء عليه لو أجل الوكيل على هذا الوجه الثمن المذكور شهراً أو سنة أو سنتين صح عند الإمام الأعظم، وأما عند الإمامين فيصرف هذا الإطلاق إلى المتعارف (البحر). أنظر المادة (٤٣).

الإيجار ـ لمن وكل بالإيجار على الإطلاق أن يؤجر الموكل بايجاره بقليل أو كثير من النقد أو العروض أنظر المادة (١٤٩٤). اما لو قيد الموكل الإيجار بقيد مفيد فليس للوكيل مخالفته جنساً أو شراً. مثلاً لو أجر بذهب من وكل بالإيجار بفضة، فكما أنه لا يصح المخالفة جنساً، فلو أجر بثمانية دنانير المال الذي وكل بإيجاره بعشرة فلا ينفذ للمخالفة إلى شر. لكن للوكيل المذكور مخالفة موكله إلى خير، يعني لو أجر الوكيل بالإجارة بزيادة عن الثمن الذي سماه الموكل، يعني لو أجره في المثال الأخير باثني عشر ديناراً كان صحيحاً (الهندية بزيادة) أنظر المادة (١٤٥٦) وشرحها

ليس للوكيل بالإجارة إيجار مال موكله لمن لا تجوز شهادته لهم، أنظر المادة (١٧٠٠). كما في البيع والشراء أنظر المادة (١٤٩٧) وشرحها

لو أجر الوكيل بإيجار حصة شائعة من المال المشترك حصة موكله كلها لصاحب الحصة الأخرى، كان صحيحاً، أنظر المادة (٤٢٩) وشرحها.

لو أبرأ الوكيل بالإجارة المستأجر من بدل الإيجار أو وهبه إياه ينظر، فإذا كانت الأجرة عيناً فليس ابراؤه صحيحاً، لأن الإبراء من العين ليس جائزاً. وإذا كان ديناً فيصح ابراؤه سواء كان بعد لزوم الأجرة المذكورة المستأجر بمقتضى المادتين (٤٦٨ و٤٦٩) أو قبل لزومها. لكن يضمن الوكيل مثل الأجرة لموكله (الهندية، البحر)

إذا أضاف الوكيل بالإجارة العقد إلى نفسه فخاصم المستأجر لأجل اثبات الإجارة، وقبض الأجرة من المستأجر، وامتنع المستأجر عن اعطاء الوكيل الأجرة، فللوكيل بالاجارة حبس المأجور، (الطحطاوي، البحر) أنظر المادتين (٤٦٨ و ١٤٦١).

للموكل والمستأجر أن يفسخا عقد الإجارة، لكن ليس للمستأجر في هذه الصورة أن يطلب من الوكيل بالإجارة بدل الاجارة الذي أعطاه، لأن هذا الفسخ غير الفسخ في حق الوكيل بالاجارة (الهندية) كذلك إذا فسخ الوكيل بالاجارة قبل استيفاء المستأجر المنفعة كان الفسخ المذكور صحيحاً إذا لم يكن قد سلم بدل الإيجار إلى الموكل، ويبرأ المستأجر من بدل الإيجار سواء كان البدل المذكور عيناً أو ديناً. وإذا كان قد سلمه بدل الإيجار فليس الفسخ صحيحاً. أنظر المادة (١٥٠٥) (الهندية، البحر).

الاستئجار ـ للشخص الذي وكل بالاستئجار على الإطلاق الاستئجار بما لا يعين بالذهب

والفضة يعني بالدين وبالمكيلات والموزونات الثابتة الذمة. أما فليس له الاستئجار بالعرصة مثلاً أو بالمكيلات وبالموزونات (الـ ١٤٨٣)

على الوكيل بالاستئجار اتباع قيد وشرط موكله المفيدين. وإن خالف إلى شر فلا ينفذ في حق الموكل ويبقى المأجور على الوكيل. أما فله المخالفة إلى خير. وعليه إذا استأجر الوكيل بالاستئجار بالثمن الذي سماه موكله أو بأقل منه صح. أنظر المادة (الـ ١٤٧٩) أما لو قال الموكل استأجر فرساً للركوب إلى القدس بعشرة دراهم واستأجرها الوكيل بخمسة عشر درهماً وركبها الموكل دون أن يعلم ذلك ووصل بها القدس لزمت الأجرة الوكيل كاملة ولا يلزم الموكل شيء (الهندية بزيادة).

كذا لو استأجر الوكيل باستئجار دار معينة بمائتي درهم، واستأجر الدار بثلاثمائة وقال لموكله قد استأجرتها بمائتي درهم وسلمها إليه فلا تلزم الموكل الأجرة وتلزم الوكيل، (الهندية).

كذلك لو وكل الموكل باستئجارها لمدة سنة واستأجرها لسنتين تنفذ سنة في حق الموكل والسنة الثانية في حق الموكل (الهنرية).

للوكيل بالاستئجار أن يطلب الأجرة من موكله ولو لم يكن قد أعطى المؤجر الأجرة ولم يطلب من المؤجر الأجرة بعد، أنظر المادة (١٤٩١) ويطلب المؤجر الأجرة من الوكيل بالاستئجار أنظر المادة (١٤٦١)، (الهندية والتنقيح)

إذا استأجر الوكيل على أن يكون بدل الإيجار معجلاً وقبض المأجور لاستيفاء الأجـرة، فللوكيل حبس المأجور لاستيفاء الأجرة سواء دفع الوكيل الأجرة المؤجر من ماله أو لم يكن قد دفعها بعد، ولو انقضت مدة الإجارة والمأجور محبوس في يد الوكيل بدل الإيجار، وليس للوكيل المذكور الرجوع على موكله بالأجرة لكن إذا بقي المأجور في يد الوكيل لعدم طلب الموكل قبضه وليس لحبس الوكيل إياه عن الموكل لأجل استيفاء الثمن وبدل الإجارة لزمت أجرة المأجور على الوكيل بناء على المادة (١٤٦١) وله الرجوع على موكله. كذلك إذا بقي المأجور في يد الوكيل ستة أشهر لعدم طلب الموكل القبض وبعد ذلك طلب الموكل القبض فحبسه الوكيل عنه لاستيفاء البدل فانقضت مدة الاجارة التي هي سنة يلزم تمام أجرة المأجور الوكيل. وللوكيل أيضاً الرجوع بنصف الأجرة على الموكل يعني أجرة المدة التي بقي فيها لعدم طلب الموكل قبضه منه (الهندية).

إلا أنه إذا وجد زمان معين في مدة الاجارة يعني كما لو كان وكيلاً باستئجار دار من محرم لغاية ذي الحجة مدة عشر سنوات واستأجر إجارة مطلقة بدون ذكر شرط تأجيل الأجرة أو تعجيلها فيجبر على تسليم تلك الدار للموكل حالاً. وليس له حبس المأجور في يده لأجل أخذ الأجرة. وإنِ حبسه وانقضت مدة الإجارة لزمت الأجرة الوكيل وليس للوكيل الرجوع على موكله بها. لا يلزم الوكيل بالاستئجار ضمان في الإجارة الفاسدة. وتلزم المستأجر أجرة المثل.

لو أجل المؤجر بدِل الإيجار للوكيل أو أبرأه منه، كان التأجيل والإبراء صحيحين في حق الوكيل، وللوكيل الرجوع على موكله بتلك الأجرة (الهندية).

للوكيل بالاستئجار قبل أن يقبض المأجور من المؤجر أن يفسخ هو والمؤجر عقد الاجارة. أما بعد قبضه سواء أسلمه لموكله أو لم يسلمه فليس له أن يفسخ الاجارة من دون أمر موكله (التنقيح، الهنرية) أنظر المادة (الـ ١٥٢٦)

يطالب الوكيل بالاستئجار بدل الاجارة أنظر المادة (الـ ١٤٦١).

مثلاً لو وكل أحد آخر باستئجار الشخص الفلاني للخدمة واستأجر الوكيل باضافته العقد إلى موكله ذلك الشخص مدة معينة وخدم الأجير ذلك الشخص المدة المذكورة يطلب الأجير أجرته من الوكيل ويراجع الوكيل موكله الأجرة (البهجة).

إذا انهدم بعض محال الدار التي استأجرها الوكيل بالاستئجار قبل أن يقبضها من المؤجر أو بعد قبضه إياها وقبل أن يسلمها إلى الموكل أو حدثت أحوال تخل بالسكنى، فللموكل أن يمتنع عن قبولها ويتركها للوكيل (الهندية).

الرهن ـ الوكيل بالرهن في مقابل مبلغ معين ليس له أن يرهنه في مقابل أكثر أو أقل منه.

فلو أمر آخر بأن يستقرض له من فلان ألف درهم ويرهن عنده في مقابل ذلك هذا المال فقصد الوكيل إلى المقرض المذكور وقال له ان فلاناً يستقرض منك ألف وخمسمائة درهم ويرهن عندك هذا المال في مقابل ذلك وأضاف القرض والرهن إلى آمره على هذه الصورة كان المبلغ المستقرض للوكيل وليس للموكل أخذه من الوكيل. ويسترد الموكل المرهون إذا كان موجوداً وإن تلف كان الموكل مخيراً؛ إن شاء ضمن الوكيل أو المرتهن قيمة الرهن بالغة ما بلغت. فإن ضمن الوكيل انقلب الرهن إلى الصحة وليس له أن يراجع المرتهن بما ضمن. وإن ضمن المرتهن رجع بالدين والشيء الذي ضمنه (البهجة).

الوكيل بالرهن ـ ليس للمرهون قبض المرتهن، أنظر المادة (١٥٢٦).

ليس للوكيل بالرهن توكيل غيره بالرهن وتسليط المرتهن على بيع الرهن. لكن إذا قال الموكل «اعمل ما شئت»، فللوكيل أن يوكل غيره برهن ذلك المال وأن يسلط المرتهن بعد الرهن على بيع الرهن (الهندية).

لو أعطى الوكيل بالرهن من دون اذن الموكل المرتهن إذناً لأجل الانتفاع بالرهن وركب المرتهن المرهون إذا كان حيواناً وتلف بالاستعمال كان ضامناً (الهندية).

إن مصاريف الرهن اللازمة لحفظه كأجرة المحل والحارس عائدة على المرتهن؛ فعلف الحيوان وأجرة الراعي إن كان المرهون حيواناً، والمصاريف لبقاء واصلاح منافعه، وسقيه وتلقيحه عائدة على الموكل. أنظر المادتين (٧٢٣ و ٧٢٤) (الهندية).

لو قال الوكيل بالرهن للموكل استقرضت لك ألف درهم من فلان بحسب أمرك وقبضته ورهنت في مقابله المال وقد أضفت عقدي القرض والرهن إليك، وتلف القرض بعد ذلك في يدي بلا تعد ولا تقصير، وكان ادعاؤه هذا مقارناً لتصديق المرتهن وقال الموكل: لم تقبض ولم ترهن

لأجلي. فالقول للموكل مع اليمين (الهندية) أنظر المادة (٧٦).

إذا رهن الوكيل بالرهن المال ونظم الوكيل المذكور مع المرتهن السند على أنه عقد بيع وشراء ولكنهما قد بيّنا كون سند البيع والشراء هو مواضعة، وأقرا واعترفا بأن الحقيقة هي أن العقد المذكور عقد رهن بقي العقد المذكور عقد رهن (الهندية).

الارتهان ـ لو قال أحد لآخر: بع هذا المال وخذ في مقابل ثمنه رهناً كان صحيحاً على هذا الوجه، فالوكيل ببيع المال وأخذه رهن في مقابل ثمنه على الإطلاق؛ له أن يأخذ رهناً يساوي قيمة الدين، كما أن له أن يأخذ رهناً قيمته عن الدين بقدر الغبن الفاحش.

أما لو قال له بعه برهن ثقة ورهن الوكيل في مقابل المال الذي باعه مالاً قيمته دون الغبن اليسير صح. أما إذا رهن مالاً دون الغبن الفاحش فلا يصح (الهندية).

والوكيل بالارتهان أي الشخص الذي أمره أحد بقوله بع هذا المال وخذ في مقابل رهناً إذا رد الرهن بعد القبض إلي كان صحيحاً لكن ضمن لموكله ويبقى البيع على حاله، كذلك لو وضع الوكيل المذكور الرهن في يد عدل صح. وليس للموكل أخذه من يد العدل (الهندية).

الإيداع ـ ليس للوكيل بالإيداع بعد إيداعه للمال الذي أمر بإيداعه أن يقبض الوديعة من يد المستودع أنظر المادة (١٥٢٦) (الهندية).

حتى إنه لو أعطاها المستودع للوكيل بالإيداع وتلفت في يده كان المودع مخيراً، إن شاء ضمن الوكيل وإن شاء ضمن المستودع (الهندية).

الهبة ـ لو وهب الوكيل بالهبة المال لأحد وسلمه إياه، فليس له بعد ذلك الرجوع بالهبة أنظر المادة (١٥٢٦) (الهندية).

لو وكل الواهب أحداً بتسليم المال الموهوب للموهوب له تصح الوكالة المذكورة، وإذا تعدد الوكيل بالتسليم فلأحدهما فقط أن يسلم؛ فلو وكل الواهب اثنين بتسليم المال الموهوب للموهوب له وسلم المال الموهوب أحدهما يصح، (الهندية).

إذا وكل من وكل بتسليم الموهوب آخر بذلك جاز (الهندية).

إذا وهب الوكيل بالهبة في مقابل عوض مقبوض المال الموهوب في مقابل عوض قيمته دون قيمة ذلك المال جاز عند الإمام الأعظم (الهندية).

لو وكل أحد اثنين بأن يهبا هذا المال لأحد وعين لهما الموهوب له كان لأحد الوكيلين وحده أن يهب المال لذلك الشخص ويسلمه إياه، أما إذا لم يعين لهما الموهوب له فليس لأحدهما أن يهب المال عند الطرفين أما عند الإمام أبي يوسف فله ذلك (البحر).

الإتهاب ـ على الوكيل بالإتهاب أن يضيف العقد إلى موكله، يعني يجب أن يقول ان موكلي

يرغب في أن تهب له مالك الفلاني؛ وليس أن يقول لآخر هبني مالك ويهبه إياه ويسلمه إليه ولو كان الأمر كذلك كان المال الموهوب ملكاً للوكيل وإن نوى الوكيل بالإتهاب لأجل موكله (الهندية بزيادة)

وإذا وكل الموهوب له أحداً بقبض وتسليم المال الذي وهب إليه جاز. لكن إذا كان الوكيل بالقبض اثنين وقبض أحدهما فقط لا يجوز أنظر المادة (١٤٦٥) (الهندية).

إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة فليس له المخاصمة مع وكيل الموهوب له وادعاء الرجوع في مواجهته ولو كان المال الموهوب في يد ذلك الوكيل، (الهندية). لأن الوكالة بالإتهاب رسالة ولا ترجع حقوق العقد إلى الرسول.

الصلح ـ ليس للوكيل بالصلح مخالفة جنس بدل الصلح ولو إلى خير وإن نفذ الصلح الواقع على الوكيل المرقوم وليس على الموكل.

وعليه إذا صالح المأمور بأن يصالح على ألف درهم ويكفل ببدل الصلح على ألفي درهم أو ألف دينار وأعطى بدل الصلح من ماله نفذ الصلح المذكور عليه، وليس له الرجوع على موكله. أنظر شرح المادة (١٤٥٦)

كذلك إذا صالح الوكيل المذكور على العروض أو المكيل أو الموزون ودفع بدل الصلح من ماله نفذ الصلح عليه، وليس له الرجوع على موكله (الهندية).

كذلك لو صالح على عشر كيلات شعير أو على المقدار الوكيل بأن يصالح على عشر كيلات حنطة نفذ على الوكيل وليس في حق الموكل.

كذلك لو صالح الوكيل من طرف المدعي عليه المدين بأن يصالح على عشر كيلات من الحنطة الجيدة على حنطة أجود جاز على الوكيل وليس على الموكل (الهندية).

وللوكيل بالصلح في القدر والصفة أن يخالف إلى خير أمر موكله؛ فلو صالح الوكيل من طرف المدعى عليه بأن يصالح على ألف درهم على أقل من ذلك نفذ في حق موكله (الهندية). إذا تصالح وكيلان وكيل من طرف الدائن وآخر من طرف المدين جاز (الهندية)

وليس للوكيل بالصلح أن يوكل غيره بالصلح. أنظر المادة (١٤٦٦). وإن فعل وصالح الوكيل الثاني وكان بدل الصلح مالاً يرجع للآمر عليه وإذا أعطى الوكيل الثاني بدل الصلح من ماله نفذ هذا الصلح على الوكيل الأول المذكور وكان الوكيل الثاني متبرعاً؛ ولا يلزم الموكل الأول شيء (الهندية).

إذا وكل شخص واحد بالصلح شخصين معاً وصالح أحدهما فقط على ماله ينفذ الصلح عليه وحده ويكون متبرعاً بدل الصلح (الهندية).

والشخص الذي يكون وكيلاً بالصلح لا يعد وكيلاً بالخصومة أيضاً (الهندية).

لو وكل أحد آخر بالصلح مع الشخص الذي يدعي عليه عيناً أو ديناً على أن يعمل برأيه وصالح ذلك على ألف درهم جاز ولزم بدل الصلح الموكل، وليس الوكيل أيضاً (الهندية)

لو كفل الوكيل بالصلح من طرف المدعي عليه ببدل الصلح أو اضافه إلى ماله وادى البدل المذكور بلزومه عليه بهذا الوجه رجع ببدل الصلح على موكله ولو كانت الكفالة واقعة بلا أمر الموكل، أنظر المادة (١٥٤٣) الهندية.

لو صالح الوكيل بالصلح من طرف المدين على عين لموكله من القيميات إذا لم يعين بدل الصلح من جانب الموكل يصح، ويكون الموكل المدين مخيراً، وإن شاء أعطى العين عيناً وإن شاء أعطى قيمتها. وإذا صالح على عين من مثليات الموكل يصح أيضاً ويكون الموكل مخيراً إن شاء أعطي ذلك المثلي عيناً وإن شاء أعطى مثله (الهندية).

لو صالح المأمور بالكفالة وبالصلح من طرف المدعى عليه على بدل مؤجل وكفل كان البدل في حق موكله مؤجلاً أيضاً؛ وبالعكس إذا صالح على بدل معجل كان في حق موكله معجلاً، وعلى هذا التقدير للوكيل أن يطلب البدل من موكله قبل أن يقبضه من المدعى عليه (الهندية).

للشخص الذي هو وكيل بالصلح من طرف الدائن قبض بدل الصلح (الهندية).

لو وجد أحد عيباً في المال الذي اشتراه فوكل أحداً بالصلح مع البائع عن العيب وأقر الوكيل المذكور برضا موكله بالعيب فلا ينفذ اقراره على موكله (الهندية). لأن الإقرار حجة قاصرة فلا تصح على الغير.

الإبراء ـ لو وكل أحد آخر بإبراء أحد من دعواه المتعلقة بخصوص ما كما ذكر في أثناء شرح المادة وإبراء ذلك الوكيل ذلك الشخص من الخصوص المذكور بالإضافة إلى موكله يصح، فلو ندم بعد ذلك على توكيله وأدعى بالخصوص على ذلك الشخص فلا تسمع دعواه (هامش البهجة).

لو وكل الدائن مدينه بأن يبرىء نفسه مما له عليه من الدين تصح الوكالة، ولا تقصر هذه الوكالة على المجلس، بناء عليه للمدين أن يبرأ نفسه بالوكالة من طرف دائنه في خارج مجلس الوكالة (رد المحتار، الأنقروي) أنظر شرح المادة (١٤٤٩)

الإقرار ـ التوكيل بالإقرار صحيح أيضاً. لكن لا يحصل الإقرار بمجرد التوكيل. يعني لو وكل أحد آخر بأن يقر لفلان بالشيء الفلاني، فلا يكون قد أقر بذلك قبل أن يقر به الوكيل. ومعنى التوكيل بالإقرار هو أن يأمر أحد آخر لدى توكيله إياه بالخصومة بقوله (قر بالمدعي به قبل المحاكمة إذا رأيت عاراً أو مؤونَة تلحقني بذلك) «رد المحتار وتكملته».

الدعوى ـ قد ذكرت وبينت تفصيلات ذلك في الفصل الذي يبدأ بالمادة (١٥١٦).

طلب الشفعة ـ قد بينت بعض الإيضاحات المتعلقة بهذا الشأن في المادة (١٠٣٠).

إيفاء الديون ـ كما أن للوكيل بإيفاء الديون أن يوفيها بنفسه فله أن يوفيها بواسطة أمينه أما

غير أمينه فليس له أن يوفيها بواسطته. فلو قال أحد لآخر اعط هذه النقود لدائني فلان وأرسل الوكيل المبلغ المذكور مع أحد ليس بأمين له وتلف ذلك المال في يد ذلك الشخص بعد المفارقة لزم الوكيل الضمان، لكن إذا كان ذلك الشخص أميناً للوكيل فليس له أن يضمن الوكيل. أنظر المادة (٩١). كذلك إذا تلف في يد الوكيل قبل المفارقة في يد ذلك الشخص فلا يلزم الوكيل ضمان، أنظر المادتين (٧٨٠ و ١٤٦٣) (الأنقروي وهامش البهجة).

إذا أعطى الموكل لوكيله الذي عينه لايفاء دائنه الدين الذي عليه خمسة دنانير فوقف الوكيل الخمسة دنانير التي أعطاه إياها عنده وأعطى للدائن خمسة دنانير غيرها من ماله جاز (الولوالجية). يعني له أن يحبس بعد ذلك الخمسة دنانير التي بقيت في يده وديعة. لكن لو صرف الوكيل المذكور الخمسة دنانير المذكورة في حوائجه وأوفى بعد استهلاك دين موكله من ماله ضمن الوكيل المرقوم الخمسة دنانير ويكون متبرعاً في إيفائه الدين ويسقط الدين عن الموكل المذكور (التعليقات على البحر، تكملة رد المحتار). أنظر إلى القاعدة التي في شرح المادة (١٥٠٦).

لو أعطى أحد لآخر عشرة دنانير وقال أعطها وقال اعطها لدائني فلان وأدعى ذلك الشخص أنه أعطاه إياها وكذبه المدين والدائن فالقول ببراءته من الضمان للمأمور ليس لذلك الشخص. أنظر المادة (١٧٧٤). والقول في عدم القبض للدائن ويأخذ الدائن دينه من المدين. وقد مرت التفصيلات اللازمة في حق هذه المسألة التي من قبيل هذا المثل شرحاً. ولو وكل المدين وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضياً ومقتضياً، يعني لو وكله بقبض دينه على فلان فأخبره به المدين فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنها إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المدين لأن الواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء (تكملة رد المحتار)

استيفاء الديون ـ إذا كان على الوكيل بالقبض دين ثابت لمدين موكله من جنس دين موكله يقع التقاضي. وبهذا التقدير يبقى الوكيل مديناً لموكله.

ليس للوكيل بالقبض أن يبرأ المدين أو يهب الدين له أو يأخذ رهناً من المدين في مقابل الدين أو يقبل إحالته على شخص آخر لكن له أن يأخذ كفيلاً. لكن ليس له أن يأخذ كفيلاً بشرط براءة الأصيل أنظر المادة (٦٤٨) (الأنقروي، الطحطاوي وصرة الفتاوى، البحر).

أما الوكيل بالبيع فله أن يبرأ المدين من ثمن المبيع أو يهبه للمدين وأن يأخذ رهناً أو كفيلاً، (البحر، ورد المحتار في الشركة)

وإذا أخذ الوكيل بقبض الدين رهناً من المدين وتلف في يده فلا يسقط شيئاً من دين موكله، ويأخذ الموكل دينه بالتمام من المدين ولا يلزم الضمان لوكيله أيضاً، (البحر).

وتصح الوكالة بقبض الدين على الإطلاق سواء أكان المدين حاضراً أو غائباً أو كان مريضاً أم لا وإذا لم ينعزل الوكيل بالقبض لوفاة المدين فينعزل بوفاة الموكل (واقعات المفتين) أنظر المادة (١٥٢٧).

لو وكل أحد آخر بقبض كل حق له ووكل آخر بعد ذلك بقبض كل شيء له أيضاً وقبض بعد ذلك الوكيل الأول ديناً لموكله، فللوكيل الثاني أن يقبض مقبوض الوكيل الأول المذكور (البحر)

أما لو وكل أحد بقبض كل حق له ووكل بعد ذلك شخصاً آخر بقبض كل ديونه فليس لهذا الوكيل أن يقبض المقبوض المذكور من الوكيل الأول بناء على وكالته المذكورة، لأن الدين الذي قبضه الوكيل الأول يكون بعد القبض عيناً، أما وكالة الوكيل الثاني فهي بقبض الدين وليس بقبض العين

إذا أدعى الوكيل بقبض الدين هلاك المقبوض الذي في يده صدق (البحر) أنظر المادة (١٧٧٤)

مستثنيات ـ لا تجوز الوكالة بقبض الدين في المسائل الثلاث الآتية:

أولاً، إذا وكل الدائن بقبض دينه الذي في ذمة المكفول عنه كفيله فلا تصح، لئلا يصير عاملاً لنفسه أي لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته فانعدم الركن فبطل، فإذا قبضه من المدين وهلك في يده لم يهلك على الطالب (تكملة رد المحتار) لكن لو قبض هذا الوكيل حسب الوكالة وتلف المقبوض في يده فلا يلزمه ضمان.

ثانياً، لو وكل الدائن مدينه بقبض ما عليه من الدين لا تصح وكالته لاستحالة كونه قاضياً ومقتضياً (تكملته)

ثالثاً، لو وكل المحال له المحيل بقبض دينه الذي على المحال عليه فلا تصح. لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته فانعدم الركن. وعليه إذا كان الوكيل بقبض الدين كفيلاً بالدين الذي في ذمة المدين تصح الكفالة وتبطل الوكالة. أنظر شرح المادة (١٤٤٩) لأن الكفالة أقوى للزومها فتصلح ناسخة، بخلاف العكس وكذا كل ما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت كفالته أو تأخرت (مجمع الأنهر، رد المحتار الأنقروي، والتكملة)

والفروق التي بين الوكيل بقبض الدين وبين الوكيل بالبيع وقبض الثمن هي كما يأتي:

يختلف الوكيل بقبض الدين عن الوكيل بالبيع وبقبض الثمن في عدة مسائل وهي:

أولاً، إذا كان الوكيل بقبض الثمن كفيلاً للمشتري صحت الكفالة أما الوكيل بالبيع إذا كان كفيلاً للمشتري فالكفالة غير صحيحة.

ثانياً، تجوز شهادة الوكيل بقبض الدين على المدين بالدين المذكور أما الوكيل بالبيع فلا تجوز على المشتري في حق ثمن المبيع.

ثالثاً، إذا باع الوكيل بالبيع وقبض الثمن ورد المبيع بعد ذلك بالعيب فللمشتري أن يطلب

ثمن المبيع من الوكيل وكان الوكيل قد أعطى الثمن المذكور لموكله.

أما الوكيل بقبض الثمن فلا يطالب بالثمن بعد القبض، فلو باع أحد ماله لشخص آخر ووكل بعد ذلك آخر بقبض الدين الذي نشأ عن ثمن المبيع وقبض الوكيل الدين ورد المبيع بعدئذٍ بخيار العيب يطلب المشتري ثمن المبيع من الموكل وليس من الوكيل القابض.

رابعاً، لا يصح ابراء الوكيل بالقبض ولا حطه ولا تأجيله ولا أخذه الرهن ولا قبوله الحوالة. أما تصرف الوكيل بالبيع هذه التصرفات فصحيح (البحر).

تسليم الدين في حالة عدم ثبوت الوكالة بالقبض بالبينة:

لو قال الوكيل بقبض الدين للمدين: إنني وكيل بقبض ما عليك لفلان من الدين وصدق الوكالة المذكورة (ويصح اثبات التوكيل بالبينة مع اقرار المدين به) لزم تسليم الدين للوكيل المرقوم. لأنه لما كانت الديون تقضى بأمثالها والنقود التي سيعطيها المدين للوكيل هي خالص حقه فتصديق المدين هذا اقرار عليه (تكملة رد المحتار)

وعليه إذا حضر الدائن الغائب بعد أن أعطى المدين دينه للوكل المذكور، فليس له أن يسترد ذلك المبلغ من الوكيل المذكور. ولو أدعى أن ليس للوكيل المذكور وكالة من طرف الدائن أو أن الوكيل المذكور قد أقر بعدم وكالته فكما أنه لا يقبل ادعاؤه واثباته لا يكلف باليمين أيضاً وإن أثبت مدعاه، لسعيه في نقض ما أوجبه لغائب، نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ من المال تقبل.

وإذا حضر بعد ذلك الدائن الغائب وصدق وكالة الوكيل أو كذبها وأثبت المدين كونه وكيلاً فبها، وإذا لم يصدق أو يثبت وحلف الدائن على كونه لم يوكله يؤمر المدين باعطاء دينه لدائنه تكراراً. لأنه لم يثبت استيفاء الدائن بانكار الوكالة. ويقبل قول الدائن بشأن عدم توكيله القابض مع اليمين وإن دفع سكوت ليس له التحليف إلا إذا عاد إلى التصديق وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلف وإن عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل (تكملة رد المحتار). ويسترد المدين ما أعطاه للوكيل سواء أكان ما أعطاه موجوداً في يد الوكيل أم لم يكن موجوداً بأن استهلكه الوكيل، لأن غرض المدين من اعطائه للوكيل المرقوم براءة ذمته ولما لم يحصل هذا الغرض؛ فله نقض قبضه واسترداد ما كان موجوداً في يده، أما إذا تلف المقبوض الذي في يد الوكيل المذكور فليس له أن يضمنه للمدين لأن المدين لما كان معترفاً بكونه محقاً في قبضه بتصديقه وكالته في الأول فكان الوكيل المذكور أميناً والأمين لا يكون ضمنياً. وكذلك الدائن ظالم بأخذه الدين ثانية والمدين مظلوم والمظلوم ليس له أن يظلم غيره ويصدق في الهلاك يمينه كما يصدق لو أدعى دفعه لموكله لأنه أمين يدعى إيصال الأمانة إلى مستحقيها. فإن أدعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك وإن مات الموكل ورثة غريمه أو وهبه وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها ولو هالكاً ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة (تكملة رد المحتار).

لكن إذا تلف المقبوض في يد الوكيل المرقوم كان الوكيل المرقوم ضامناً للمدين في المسائل الآتية:

المسألة الأولى، إذا قال الوكيل بقبض الدين للمدين إذا جاء الدائن واستوفى الدين منك بانكاره الوكالة فأنا ضامن للمبلغ الذي سيأخذه منك. يضمن الوكيل المرقوم المقدار الذي أخذه الدائن بأن يقول أنت وكيله لكن لا آمن أن تجحد الوكالة ويأخذ مني ثانياً فيضمن ذلك المأخوذ فيصح لاضافته لسبب الوجوب. ولو صالحه على بعض الدين عند ضمان الوكيل ونحوه يرجع على الوكيل بقدر المصالح عليه (تكملة رد المحتار) وإلا فلا يضمن الوكيل ما أخذه أولاً. لأن المأخوذ المذكور على رغمهم أمانة وضمان الأمانة باطل انظر شرح المادة (٦٣١) (الدر المنتقى، مجمع الأنهر، التكملة)

المسألة الثانية، وإذا أعطى المدين إلى الوكيل بقبض الدين من دون أن يصدق ادعاءه في كونه وكيلاً من طرف الدائن يضمن ذلك الوكيل المذكور والمدين سواء كذب الوكالة أو سكت لأن اعطاء المدين للوكيل هذا مبني على أمل أن يجيزه الدائن ومتى انقطع ثبت له حق الرجوع (مجمع الأنهر).

المسألة الثالثة، لو قبض الوكيل بقبض الدين وقال: إنني قبضته على أن أبرئك منه فللمدين الرجوع على الوكيل، لأن قول الوكيل هذا استيفاء واعتبر بقبض جميع الدين، فإذا أخذه الدائن ثانياً من المدين لزم الوكيل إعادة ما أخذه في مقابل الإسقاط. وعليه لما كان هذا بمنزلة البيع فقد التزم الوكيل سلامة الدائن (تكملة رد المحتار، الدر المنتقى).

وتجري احكام مماثلة لهذا في خصوص اعطاء المستودع الوديعة لرسول المودع وقد ذكر في شرح المادة (الـ ٧٩٤).

إذا جحد المدين كون هذا الشخص وكيلاً بقبض الدين وأقر بالدين يحلف على كونه لا يعلم بأن الدائن قد وكل هذا الشخص بقبض الدين، فإن حلف فليس بمجبور على اعطاء الدين، وإن نكل يجبر على اعطاء الدين للوكيل، لكن قد روي عن الإمام الأعظم أن المدين لا يحلف على هذا الوجه لأنه يقتضي لوجود حق التحليف ثبوت خصومه من يزعم الوكالة وهذا غير ثابت لعدم وجود الحجة (تكملة رد المحتار).

دفع المدين الدعوى في مواجهة الوكيل بقبض الدين:

لو أدعى المدين أنه قد أعطى دينه للدائن في مواجهة الوكيل بقبض الدين أو أن الدائن أبرأه ولم تكن لديه بينة يجبر على ايفاء الدين للوكيل. لأن الوكالة والدين مع أنهما ثابتان فلم يثبت الاستيفاء بمجرد الدعوى، بناء عليه لا يؤخذ الحق بمجرد الدعوى. ولما لم يوجد للمدين بينة على هذا الوجه فلا يكلف الوكيل باليمين على كونه لم يعلم باستيفاء الموكل الدين. لأن الوكيل نائب ولا تتوجه اليمين على النائب، وبعد أن يعطي المدين دينه الموكل على هذا الوجه يحلف الدائن لدى

مراجعته على كونه لم يأخذ دينه. وإذا حلف يبقى الحكم على حاله. وإن نكل يبطل ويسترد المقبوض. لكن إذا ضاع المقبوض في يد الوكيل وأثبت بعد ذلك المدين الإيفاء، فلا يطلب المدين من الوكيل شيئاً ويلزم أن يراجع الموكل. لأن يد الوكيل كيد الموكل (الدر المختار، مجمع الأنهر).

أما إذا كان للمدين شهود على دفعه أي على الإيفاء أو الإبراء فلا يحكم بها بالإيفاء أو الإبراء وان استمعت، بل يبقى خصوص قبض الدين موقوفاً إلى حضور الموكل أنظر المادة (١٥٢٠) وشرحها.

للوكيل بقبض الدين الصلاحية في القبض في الصورة التي لا يمكن للموكل الامتناع عن القبول وذلك عبارة عن جنس حقه في عين الصفة أو أجود. أما لو كلف من طرف المدين، فليس للوكيل صلاحية في قبض الشيء الذي يحق للموكل ألا يقبله كمبادلة الدين بجنس آخر واشتراء المال في مقابل دين، وإذا اشترى مالاً كان ذلك المال للوكيل. ويطلب الموكل دينه تماماً من مدينه (علي أفندي).

للوكيل بقبض الدين أن يقبض كل الدين أو بعضه لكن إذا نهى الموكل عن قبض البعض، فليس له قبض بعضه (البحر، الطحطاوي).

ليس للموكل أن يطالب الوكيل بقبض الدين بالدين بمجرد قبوله الوكالة وهو لم يقبض الدين من المدين (علي أفندي).

وإذا كان الوكيل بقبض الدين شخصين قد وكلا معاً، فليس لأحدهما فقط قبض الدين وإن فعل، فلا يبرأ من الدين أنظر المادة (١٤٦٥). (الأنقروي).

ليس للوكيل بقبض الدين قبول الحوالة. وعليه لو وكل أحد شخصاً بقبض ألف درهم له في ذمة آخر وقبض الوكيل ستمائة درهم منها وحول المدين الوكيل بالأربعمائة الدرهم الباقية على أحد وقبل الوكيل الحوالة بدون اذن الموكل، كان هذ القبول فضولاً، وإذا لم يجز الموكل الحوالة استوفى الأربعمائة الدرهم من ذلك الشخص (الفيضية بزيادة) لا ينعزل الوكيل بقبض الدين بوفاة المدين، بناء عليه له أن يستوفي الدين من تركته. لكن ينعزل بوفاة الموكل، ولو لم يعلم الوكيل بوفاة موكله أنظر المادة (١٥٢٧) وعليه لو قال الوكيل بقبض الدين بعد وفاة الموكل إنني قبضت الدين في حياة موكلي وأعطيته إياه. فلا يصدق إلا ببينة، لأن الوكيل لما كان غير قادر وقت الإخبار على انشاء الأمر الذي أخبره به فهو متهم في اقراره (واقعات المفتين، الطحطاوي، الأنقروي، البهجة).

لا يمكن أن يكون شخص واحد وكيلاً بقبض الدين من طرف الدائن ووكيلاً بأداء الدين من قبل المدين معاً (الأنقروي) لأن الشخص الواحد من المستحيل أن يكون قاضياً ومقتضياً معاً. بناء عليه لو وكل أحد عمراً بقبض دينه الذي في ذمة زيد ولدى اخبار عمرو زيداً بكيفية الوكالة قال زيد لعمرو: بع مالي الفلاني وفِ الدين منه، فباعه عمرو وبعد أن قبض ثمنه تلف في يده يتلف من مال المدين لاستحالة أن يكون قاضياً ومقتضياً، لأن الواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً للمطلوب

والطالب في القضاء والاقتضاء (التكملة، رد المحتار)

ولو أمر رجل مدينه بالتصدق بما عليه صح أمره (التنوير والدر المختار)

لو أرسل أحد آخر على أن يكون رسولاً بقبض ماله في ذمة شخص آخر من الدين وأدعى بعد ذلك المدين إنني أعطيت ديني للرسول وأدعى الرسول إنني أخذته وأعطيته المرسل وأقر المرسل بكون ذلك الشخص رسولاً من طرفه وبأن الرسول قد قبض الدين لكنه أنكر وصول الدين له، كان القول مع اليمين للرسول ويبرأ المدين أيضاً من الدين (صرة الفتاوى)

إذا وكل الدائن شخصاً بقبض ماله من الدين على آخر وحول ذلك المدين دائنه على آخر بدينه ولما يقبضه الوكيل، فليس لذلك الشخص أن يطالب المدين بذلك أنظر المادة (٦٩٠)

وليس له أن يطالب به من المحال عليه. لكن إذا أفلس المحال عليه قبل اداء الدين وعاد الدين على المحيل فللوكيل أن يقبض الدين المذكور من ذلك الشخص أيضاً. (الأنقروي) أنظر شرح المادة (١٥٢٦)

يعني للوكيل بقبض الدين في ذمة المدين أن يقبض الدين المذكور من الشخص الآخر الذي هو كفيل لذلك الدين سواء أكانت كفالة الكفيل قبل الوكالة أم بعدها (البحر)

القبض الفضولي - القبض من دون وكالة من قبل الدائن يكون موقوفاً على اجازة الدائن. لكن يشترط وجود وقيام المبلغ المقبوض حين الاجازة.

مثلاً لو قال أحد لآخر: اعطني الألف دينار التي عليك لفلان ديناً وهو وإن كنت غير موكل بالقبض يجيز قبضي واعطاه إياه الآخر فإذا أجاز الدائن ينظر: فإذا كان المبلغ المأخوذ قائماً وقت الاجازة كانت الاجازة صحيحة والقبض معتبراً وإذا كان مستهلكاً فلا تكون الاجازة صحيحة ويطلب الدائن دينه من مدينه (البهجة) أنظر المادة (١٤٥٣)

قبض المال - لو وكل أحد آخر بقبض داره الفلانية من واضع اليد وعين بعد ذلك شخصاً آخر وكيلاً بذلك وقبضها بعدئذ الوكيل الأول من واضع اليد ينظر: فإذا كان توكيل الثاني مؤخراً عن قبض الأول، فللوكيل الثاني أن يقبضه من الوكيل الأول وإن كان مقدماً فليس له القبض.

لأنها صارت مقبوضة لصاحبها (البحر) ولو وكله بقبض غلة أرضه وثمرتها كان له أن يقبض ذلك كل سنة، ولو وكله بقبض شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم ولو كانت ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له أن يقبض الولد وكذلك ثمرة البستان بمنزلة الولد (التكملة عن الكافي).

لو وكل أحر آخر بقبض الدين الذي في يد آخر كان يكون داره صح. والوكالة التي في المادة (٣٢٣) من المجلة هي من هذا القبيل. كذلك الوكالة بقبض الوديعة وقبض العارية صحيحة (واقعات المفتين).

لو قال الوكيل بقبض الأمانة: قد وكلني فلان بقبض أمانته التي عندك وصدقه المستودع أيضاً فلا يؤمر المستودع بدفع وتسليم الأمانة إلى الوكيل المذكور؛ كذلك لو صدق اشتراء أحد الوديعة من صاحبها فلا يؤمر بتسليمها إلى المدعي لأن هذا اقرار بمال الغير. وفي هذه الصورة لو تلف في يد المستودع بعد المنع المذكور لا يضمن وقد مرت تفصيلات هذه المسألة في شرح المادة (٧٩٤).

لكن لو أدعى أحد قائلاً للمستودع: أن المودع قد توفي وقد بقيت الوديعة لي حصراً ارثاً أو وصية وصدق المستودع الإرث والوصية يؤمر المستودع باعطاء الوديعة إلى ذلك الشخص، لأن المدعي والمستودع قد اتفقا على كون هذا المال ملكاً للمورث أو الموصي. إلا أنه إذا كانت تركة المتوفي مستغرقة بالديون وأعطى المستودع الوارث إياها بلا أمر القاضي كان ضامناً (مجمع الأنهر، وتكملة رد المحتار)

المزارعة ـ للوكيل باعطاء أرض معينة مزارعة على الإطلاق ان يعطيها مزارعة على أن تزرع شعيراً وحنطة، وسمسماً، وذرة وكل نوع من سائر الحيوانات؛ أما الغرس الأشجار فليس له اعطاؤها (الهندية)

للوكيل باعطاء أرض مزارعة على الإطلاق أن يعطيها مزارعة ببدل المثل المعروف في ذلك البلد أو بغبن يسير. فإذا كان البذر من موكله كان للوكيل حق قبضه خارجياً، يعني قبض حصته من حاصلات موكله. أنظر المادة (١٤٦١) وليس له أن يعطيها بغبن فاحش. وإن أعطاها وكان البذر من صاحب الأرض كان غاصباً أرض موكله وبذره.

بناء عليه إذا وقع شرط في الخارج بين الوكيل والمزارع قسم بينهما ولا يأخذ صاحب الأرض من هذا حصته، بل يضمن من شاء من المزارع والوكيل مثل بذره ونقصان أرضه (الهندية).

ليس للوكيل بالمزارعة ابراء المزارع من حصة موكله في الحاصلات أو يهبه تلك الحصة وإن فعل لا تكون هبته وإبراؤه صحيحين (الهندية).

ولو وكل أحد آخر باعطاء أرضه مزارعة بدون بيان وقت المزارعة فله أن يعطيها مزة واحدة في السنة الأولى أما لو أعطاها في السنة الثانية أو أعطاها مرتين لا يجوز

للوكيل بأخذ أرض مزارعة على أن يكون البذر من الموكل أن يأخذ مزارعة ببدل المثل أو بغبن يسير. ويطالب صاحب الأرض الوكيل بحصته. وليس من الموكل، أما إذا أخذها بغبن فاحش فلا يجوز ما لم يجز الموكل أنظر المادة (١٤٥٣) الهندية.

وإذا أخذ الوكيل بأخذ المزرعة الفلانية مزارعة على أن يعود ثلثا الحاصلات للمزارع وثلثها لصاحب الأرض، على أن ثلث الخارج للموكل وثلثيه للوكيل فلا ينفذ في حق الموكل (الهندية).

الرد بالعيب ـ إذا أدعى البائع في مواجهة الوكيل برد المبيع بالعيب القديم رضاء الموكل بالعيب وأثبت مدعاه فبها، وإذا لم يثبت، فللمشتري أن يحلف على كونه لم يرض بالعيب ولا يؤمر

البائع بإعادة ثمن المبيع للوكيل قبل أن يحلف المشتري على الوجه المشروح (الملتقى، ومجمع الأنهر).

الإعارة ـ ليس للوكيل بالإعارة، قبض المعار من المستعير بعد الإعارة والتسليم (الهندية). أنظر المادة (١٥٣٦).

القسمة ـ تجوز الوكالة بالقسمة أيضاً. وليس للوكيل بالقسمة بغبن فاحش (البحر).

التوكيل ـ تجوز الوكالة بالتوكيل أيضاً. وعليه لو أمر أحد زيداً بتوكيل شخص آخر بشراء مال ووكل زيد شخصاً واشترى الآخر ذلك المال يرجع الوكيل على المأمور والمأمور على آمره بثمن المشترى وليس لوكيل المشتري الرجوع على الآمر (تكملة رد المحتار قبل باب الوكالة بالخصومة والقبض)

خلاصة الباب الثاني

(١) الموكل — يشترط في جواز الوكالة ان يكون الموكل بالنظر الى اصل التصرف مقتدراً على عمل الشيء الموكل به. كمسألة توكيل المسلم غير المسلم ببيع الخمر عند الامام وشرح المادة (١٤٤٩).
بناء عليه لا يصح توكيل الصبي غير المميز.
واما الصبي المميز فينظر: لان الموكل به اما ان يكون ضرراً محضاً او نفعاً محضاً او دائراً بين النفع الضرر. فان كان ضرراً محضاً (كالهبة) لا يجوز توكيله، وان كان نفعاً محضاً (كالاتهاب) يجوز توكيله، وان كان دائراً بين النفع والضرر (كالبيع) يكون توكيله موقوفاً على اجازة وليه ان اجازه كان بها والا فلا.

(٢) الوكيل — الوكيل يشترط ان يكون عاقلاً ومميزاً، فوكالة الصبي غير المميز والمجنون باطلة

المادة ١٤٥٨ — لحوق التوكيل علمهُ واذا باع مالا قبل لحوق العلم كان العقد الواقع فضولياً بناءً عليه كان موقوفاً.
ان يكون معلوماً لاجل الاحتراز من الجهالة الفاحشة: الجهالة اليسيرة ليست مانعة كقول شخص لشخصين

لا يشترط بلوغ الوكيل — معينين قد وكلت أحدكما ببيع فرسي هذا اذا كان الذي هو وكيل صبياً مميزاً مأذونا كانت حقوق العقد عائدة اليه (ويستثنى مسألة) واذا كان الصبي غير مأذون كانت عائدة إلى موكله

(٣) الموكل به معلومية **الموكل** به شرط

المادة ١٤٥٩ قاعدة لكل ان يوكل آخر (١) بالخصوصات (٢) والمعاملات التي يمكنهُ عملها بالذات (٣) وبايفاء (٤) واستيفاء كل شيء يتعلق بهما

الخصوصات ـ تشمل العقود ـ البيع والشراء ـ وغير العقود كالتوكيل بالخصومة.

المعاملات ـ تشتمل الحدود والقصاص خارجة ويلزم وجود ولي القتيل في محل القصاص على امل ان يعفو رحمة

الايفاء: إما في الاعيان ـ كالوكالة بتسليم المبيع للمشتري.

وإما في الديون وله صور ثلاث

١ كقول الموكل للوكيل اعط ديني من مالك

٢ كاعطاء الموكل عشرة دنانير وقوله له ادِّ فلانا ماله على من الدين الذي هو عشرة دنانير. وفي هذه الصورة اذا اختلف في تعيين الشخص فالقول للوكيل لانهُ امين (المادة ١٤٦٣).

تابع صور الإيفاء

٣ كقول الموكل للوكيل أدِّ الذين من المال المضمون الذي في ذمتك او في يدك وفي هذه الصورة يجبر الوكيل على اثبات الاداء. لانه ادعى البراءة بعد ان اقر بمشغولية ذمته.

الاستيفاء: إما في **الاعيان**: كالوكالة بقبض المبيع.

او في **الديون**: كالوكالة بقبض ثمن المبيع لكن يستثنى من هذا ثلاث مسائل:

١ ـ ليس للدائن ان يوكل كفيله بقبض دينه الذي في دمة المكفول عنه.

تابع صور استيفاء الديون

٢ ـ ليس للدائن ان يوكل المحيل بقبض دينه الذي في ذمة المدين.
٣ ـ ليس للمحال له ان يوكل المحيل بقبض دينه الذي على المحال عليه.

مستثنيات لا تصح الوكالة في المباحات والحال ان الموكل يمكنه ان يعملها بالذات.

(١) **الوكالة بالاستقراض باطلة لكن الرسالة صحيحة.**
الوكالة باليمين باطلة.

الباب الثالث

في بيان أحكام الوكالة وتشتمل على ستة فصول

أحكام الوكالة متعددة:

أولاً، ثبوت التصرف للوكيل في الشيء الذي يشمله التوكيل. يعني، مثلاً للوكيل بالبيع بيع المال؛ ولا فائدة في ندامة الموكل بعد ذلك. فهذا الحكم وإن لم يذكر هنا صراحة (فبيع الوكيل على وجه المادة (٣٦٥) وإيجاره على وجه المادة (٤٤٦) من المسائل المتفرعة عن هذا الحكم) يستفاد من المواد الآتية:

ثانياً، للوكيل أن يوكل آخر بدون اذن أو تخيير على وجه التعميم. وسيذكر هذا الحكم في المادة (١٤٦٦).

ثالثاً، كون الوكيل أميناً في المال الذي في يده. وسيذكر هذا الحكم في المادة (١٤٦٣).

رابعاً، عدم اجبار الوكيل على اجراء ما وكل به. فلا يجبر الوكيل بالبيع أو بقبض الدين على البيع أو قبض الدين.

كذلك لو امتنع الوكيل بالخصومة عن المخاصمة والمحاكمة فلا يجبر عليهما (رد المحتار).

يستثنى خمس مسائل من هذا الحكم الرابع:

المسألة الأولى، يجبر الوكيل برد العين بعد غياب الموكل على ردها. مثلاً يجبر الوكيل برد الوديعة على رد الوديعة إذا غاب الآمر الموكل. فلو قال أحد لآخر: رد هذا المال المودع (بفتح الدال) عندي إلى فلان المودع (بكسر الدال) وبعد أن قبل الآخر غاب الآمر، فيجبر الشخص المذكور على رد الوديعة (البحر).

المسألة الثانية، يجبر الوكيل ببيع الرهن على بيعه. أنظر المادة (٧٦١).

المسألة الثالثة، ليس للمدعى عليه الموكل عزل الشخص الذي وكل بالخصومة من طرفه بطلب المدعي بلا رضائه والوكيل مجبر على المخاصمة أيضاً. أنظر المادة (١٥٢١).

المسألة الرابعة، يجبر الوكيل بالأجرة على ايفاء الوكالة أنظر المادتين (١٥٠٤ و ١٥١٢).

المسألة الخامسة؛ إذا كان المأمور مديناً للآمر يجبر على أداء دين آمره انظر المادة (١٥١٢) (الدر المختار، التكملة، البحر، البهجة، الفيضية، رد المحتار، صرة الفتاوى).

خامساً؛ تبطل الوكالة بالشروط الفاسدة ولا يصح فيها خيار شرط.

سادساً، تعليق الوكالة واضافتها صحيحان أنظر المادة (١٤٥٦) (تكملة رد المحتار).

الفصل الأول

في بيان أحكام الوكالة العمومية

المادة (١٤٦٠) - (يلزم أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله في الهبة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار، وإن لم يضفه إلى موكله فلا يصح).

يلزم أن يضيف الوكيل المعين من طرف من سيثبت له الملك، أي المعين من طرف المملك له العقد إلى موكله، في الهبة أي في الاتهاب، وقبول الصدقة؛ والإعارة أي الاستعارة، والرهن أي الارتهان، والإبراء والايداع يعني الاستيداع، والاقراض يعني الاستقراض، والشركة؛ والمضاربة. والصلح عن انكار، ومثله السكوت، وإذا كان الصلح عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه؛ فالوكيل سفير محض فلا ترجع إليه الحقوق، وفي الطلاق، والنكاح، وقبض المهر لها لا للوكيل، ولا يكون الوكيل كما في المعاملات التي في المادة الآتية مخيراً بين الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله. وفي هذه الصورة إذا أضيف العقد إلى الموكل كانت حقوق العقد عائدة إلى الموكل، والوكيل سفير محض، (البحر)

وقد فهمت هذه المسألة من قول المادة الآتية (وفي هذه الصورة يكون الوكيل سفيراً محضاً). أنظر ما حقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل لعلها الرجوع في الهبة، أما في الصدقة فلا رجوع. (تكملة رد المحتار بزيادة وتغيير).

والوكيل المقصود في هذه المادة، هو من يكون وكيلاً من قبل من يثبت له الملك كما أشير إلى ذلك شرحاً، وليس من كان وكيلاً من طرف المملك، وبتعبير آخر يلزم اضافة وكيل له العقد إلى وكيله في المعاملات المذكورة في هذه المادة، أما وكيل المملك فلا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله

الهبة - فكما أنه تجوز وكالة المملك (الواهب) فيها، فالوكالة من قبل المملك له (الموهوب له) جائزة أيضاً. ولوكيل المملك أي الواهب أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى موكله.

مثلاً لو أعطى أحد مالاً لزيد وقال له «هبه لعمرو» فقال زيد خطاباً لعمرو: قد وهبتك هذا المال وليس من اللازم عليه ان يقول أنه مال فلان وقد وهبتك إياه من طرفه، أما الوكيل من طرف المملك له فيلزم أن يضيف عقد الهبة إلى موكله، وإذا اتهب بالإضافة إلى نفسه كان المال الموهوب للوكيل وليس للموكل.

مثلاً لو قال الوكيل بالإتهاب لآخر: أن موكلي فلاناً يطلب هذا المال منك بالهبة: ووهب الواهب أيضاً المال للموكل وسلمه إلى وكيله كان المال الموهوب للموكل. أما لو قال الوكيل بالاتهاب. (هب لي هذا المال) وهبه الواهب إياه وسلمه إليه وقبضه الآخر كان هذا المال للوكيل.

الصدقة - لو قال الوكيل من طرف من يثبت له الملك يعني المتصدق له: أخذت هذا المال

منك باسم موكلي فلان صدقة، وتصدق المتصدق به على هذا الوجه وسلمه إياه كانت صحيحة، ويثبت الملك المتصدق له الموكل. أما لو قال الوكيل المذكور اعطني إياه صدقة: وأعطاه المخاطب إياه كان هذا المال ملكاً للوكيل ولا يكون للموكل

لكن للوكيل من طرف المملك باعطاء الصدقة أن يضيف العقد لنفسه بأن يقول اعطيتك هذا المال صدقة ولا يجبر على اضافته لموكله.

الإعارة - كما تجوز الوكالة من طرف المملك (المعير) تجوز أيضاً من طرف من يثبت له المملك أي المملك له المستعير - ولوكيل المملك أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى موكله.

مثلاً لو أعطى أحد لزيد مالاً وقال له اعطه لعمرو على سبيل العارية: فلزيد أن يعير لعمرو بقوله أعطيتك هذا المال عارية: وإلا فلا يلزم أن يقول انه يعطيه إياه بطريق الرسالة من طرف ذلك الشخص.

أما وكيل المملك له فيلزم أن يضيف العقد إلى موكله، فإن أضافه إلى نفسه كانت العارية له.

مثلاً لو راجع وكيل المستعير صاحب المال وقال له: اعطني هذا المال عارية واعطاه إياه أيضاً فيكون قد أعار المال للوكيل بناء عليه ليس للموكل أن يطلبه من الوكيل.

يفهم من الإيضاحات السالفة أنه كان يجب أن تستعمل المجلة لفظ الاستعارة في لفظ الإعارة.

القرض - وكما تجوز الوكالة من طرف المملك (المقرض) تجوز الوكالة من طرف المستقرض والوكالة من طرف المستقرض بمعنى الرسالة.

لكن وكيل المملك (المقرض) إذا أضاف العقد لنفسه جاز، أما وكيل المستقرض فيلزم أن يضيف العقد إلى موكله، وإذا استقرض بالإضافة إلى نفسه كان المقروض ملكاً للوكيل، وينفذ عقد القرض على الوكيل

مثلاً لو قصد الوكيل بالاستقراض (الرسول) إلى المقرض وقال له اعطني كذا قرضاً واعطاه المقرض ما طلب، كان المبلغ المقروض للوكيل، وليس للموكل المداخلة فيه. (الهندية؛ البحر؛ تكملة رد المحتار بزيادة وإيضاح).

وقس عليها البواقي

وإذا لم يضف الوكيل العقد إلى موكله فلا يصح ذلك العقد لأجل موكله، والسر والحكمة في ذلك أن بعض التصرفات تكون من قبيل الإسقاطات كالإبراء والنكاح، والصلح عن انكار، وكذا الصلح عن دم العمد. وبعضها لا تكون من قبيل الإسقاطات كالبيع والإجارة وما إليها مما هو مبين في المادة الآتية.

وبما أن الوكيل في التصرفات التي من قبيل الإسقاطات أجنبي من حكم تلك التصرفات

وحيث لا يمكنه فصل الحكم عن السبب في ذلك، فلذلك لزم أن يقارن الحكم فيها السبب.

بناء عليه لا يتضرر صدور السبب من شخص أصالة أي من الوكيل وثبوت ووقوع الحكم لشخص آخر غير متصور. لأنه بهذا التقدير يلزم انفصال الحكم عن السبب. وعلى هذا التقدير يلزم أن يضيف الوكيل العقد في هذه المسائل إلى الموكل، حتى يكون الحكم مقارناً للسبب. أما في التصرفات التي ليست من قبيل الإسقاطات كالبيع فلا يجوز فصل الحكم عن السبب. كما في البيع بالخيار. بناء عليه يجوز في هذه صدور السبب من شخص وثبوت الحكم من شخص آخر.

مثلاً النكاح فهو من قبيل الإسقاطات. لأن الأصل في البضع والنكاح مسقط لتلك الحرمة ولما كان الساقط يتلاشى ولا يتصور صدور السبب من شخص أصالة ووقوع الحكم لشخص آخر فقد جعل الشخص الوكيل سفيراً ليكون الحكم مقارناً للسبب. وعليه لو أضاف وكيل الزوج عقد النكاح إلى نفسه وقع النكاح له وتكون الزوجة المنكوحة زوجة الوكيل، هذا إذا كانت الزوجة محلاً لنكاح الوكيل.

أما لو قال وكيل الزوجة زوجت، ليس كما لو قال الزوج تزوجت موكلتك فقال له وكيل الزوجة زوجت أنا أيضاً كان صحيحاً، حتى لو كان وكيلاً بالنكاح من جانبها وأخرج الكلام مخرج الوكالة لا يصير مخالفاً لاضافته إلى المرأة معنى لأن صحة النكاح بملك البضع وهو لها فكأنه قال ملكتك بضع موكلتي (رد المحتار).

والصلح عن إنكار أيضاً إسقاط محض. وليس فيه معاوضة أصلاً؛ وقد رؤي أن هذا الصلح يتضمن اسقاط المدعى عليه اليمين والمنازعة كما يستفاد من المادة (١٥٥٠).

والصلح عن دم العمد إسقاط محض أيضاً، ولما كان الوكيل بذلك أجنبياً وسفيراً لزم أن يضيف العقد إلى موكله أيضاً.

والحال في البواقي على هذا المنوال أيضاً (ابن عابدين على البحر بزيادة).

وعبارة المجلة «لا يصح» قد شرحت بكونه لا يصح للموكل، لأن بعض العقود المذكورة ينفذ على الوكيل ويصح، كالهبة والصدقة والاستقراض، كذلك قد ذكر في شرح الفقرة الأولى. ولا يصح بعض العقود المذكورة أصلاً يعني لا تصح للوكيل أصلاً كالإبراء، مثلاً لو وكل أحد آخر بالإبراء في الدعاوى والخصومات التي مع آخر ولم يضف الوكيل الإبراء إلى موكله بل ابراء مضيفاً العقد إلى نفسه فلا يصح الإبراء المذكور أصلاً، (هامش البهجة، الاشباه).

المادة (١٤٦١) - (لا يشترط اضافة العقد إلى الموكل في البيع والشراء والإجارة والصلح عن اقرار، فأن لم يضفه إلى موكله واكتفى باضافته إلى نفسه صح أيضاً، وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية إلا لموكله، ولكن إن لم يضف العقد إلى الموكل تعود حقوق العقد إلى العاقد يعني الوكيل، وإن أضيف إلى

الموكل ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول، مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى باضافته إلى نفسه ولم يضفه إلى موكله، يكون مجبوراً على تسليم المبيع إلى المشتري وله أن يطلب ويقبض الثمن من المشتري، وإذا خرج للمال المشترى مستحق وضبطه بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل بالبيع، يعني يطلب الثمن الذي أعطاه إياه منه والوكيل بالشراء إذا لم يضف العقد إلى موكله على هذا الوجه يقبض المال الذي اشتراه ويجبر على اعطاء ثمنه للبائع من ماله وإن لم يتسلم الثمن من موكله، وإذا ظهر عيب قديم في المال المشترى، فللوكيل حق المخاصمة لأجل رده ولكن إذا كان رده الوكيل قد أضاف العقد إلى موكله بأن عقد البيع بقوله بعت بالوكالة عن فلان واشتريت لفلان: فعلى هذا الحال تعود الحقوق المبينة آنفاً كلها إلى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول بهذه الصورة).

الإجارة أعم من الايجار والإستئجار:

لذلك فالوكيل مخير في غير الوكالة بالشراء بالاتفاق وفي الوكالة بالشراء على قول إن شاء أضاف العقد إلى نفسه وإن شاء إلى موكله.

ولنبادر إلى ايضاح الاختلاف في الوكالة بالشراء:

إذا كان الموكل حاضراً في المجلس حين عقد الوكيل العقد تعود حقوق العقد إلى الموكل عند بعض الفقهاء، وحضور الموكل حين عقد الوكيل العقد وعدم حضوره على حد سواء عند بعض الفقهاء الآخرين، وتعود عند هؤلاء حقوق العقد إلى الوكيل على الحالين (التنوير، البحر، تعليقات ابن عابدين على البحر) ويستدل من ذكر المجلة كون حقوق العقد عائدة إلى الوكيل على الإطلاق أنها اختارت القول الثاني.

بناء عليه إذا لم يضف العقد إلى موكله واكتفى بالإضافة إلى نفسه يصح أيضاً؛ وتثبت الملكية على الصورتين للموكل، يعني سواء أضاف الوكيل العقد في هذه الأشياء الأربعة إلى نفسه أم إلى موكله لكن على قول تثبت إلى الموكل ابتداء ولا تنتقل إلى الموكل بعد ثبوتها للوكيل. وعلى قول آخر تثبت للوكيل ابتداء وتنتقل بعد ذلك إلى الموكل، وعلى القولين ليس للوكيل إذ اشترى قريبه أن يعتقه وعدم العتق ظاهر على القول الأول، أما على القول الثاني فهو الحال الموجب للعتق هو الملك المستقر (البحر).

وعلى هذا تظهر ثمرة الاختلاف فيما لو حلف الوكيل أن المال الذي اشتراه بالوكالة لم يدخل ملكه، فيكون صادقاً في يمينه على القول الأول؛ وكاذباً على القول الثاني.

لكن إذا لم يضف العقد إلى موكله ولم يكن الوكيل محجوراً، تعود حقوق العقد إلى العاقد أصالة أي إلى الوكيل والوكيل وإن كان نائباً في أصل العقد فهو أصيل في الحقوق ويكون الموكل في الحقوق المذكورة أجنبياً. وسواء ذكر حين التوكيل كون الحقوق المذكورة عائدة للوكيل أو لم يذكر وسواء كان الوكيل غائباً أو حاضراً (التنوير).

قال القاضي الإمام أبو المعالي: إن العهدة على الموكل، لأنه إذا كان حاضراً كان كالمباشر بنفسه فعليه العهدة (تكملة رد المحتار).

حتى أنه لو وقع التوكيل بشرط عدم عودة الحقوق المذكورة إلى الوكيل كانت الوكالة صحيحة ولا حكم للشرط (البحر، وتعليقات ابن عابدين عليه) الوكيل أصل في العقد بدليل استغنائه عن اضافته إلى الموكل ولو كان سفيراً لما استغنى، وإنما جعل نائباً في الحكم للضرورة كيلا يبطل معقود الموكل ولا ضرورة في حق الحقوق ولأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق اليه؛ فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلساً أو من لا يقدر على مطالبته (تكملة رد المحتار).

تتفرع المسألتان الآتيتان بناء على كون الوكيل أصيلاً في حقوق العقد:

المسألة الأولى ـ لو وكل القاضي أحداً ببيع ماله وأضاف الوكيل العقد إلى نفسه ووقعت محاكمة بطلب المشتري بعد البيع رد البيع إلى الوكيل بعيب قديم، كان للقاضي المومى إليه أن يستمع هذه الدعوى ويحكم على وكيله (البحر) والحال أنه إذا لم يكن الوكيل أصيلاً وكان الأصيل هو الموكل أي القاضي لما كان صحيحاً حكم القاضي المذكور.

المسألة الثانية، إذا توفي الوكيل بالشراء بعد أن اشترى نسيئة تحول ثمن المبيع في حق الوكيل إلى معجل، أما في حق الموكل فيبقى الأجل (تكملة رد المحتار).

إذا توفي الوكيل تنتقل الحقوق المذكورة عند بعض الفقهاء إلى وصي الوكيل. وليس إلى الموكل؛ وإذا لم يكن للوكيل وصي ترفع الكيفية إلى القاضي فيعين له وكيلاً، وهذا يقوم بحقوق العقد والمعقول هو هذا، وعند بعض العلماء تنتقل حقوق العقد بعد موت الوكيل إلى موكله (التكملة، الطحطاوي، الدر المختار، البهجة، البحر).

قيل إذا لم يكن الوكيل محجوراً لأنه إذا كان الوكيل محجوراً على ما ذكر في المادة (١٤٥٨) فلا تعود حقوق العقد إليه (الدرر).

فلو كان وكيل صبياً مميزاً غير مأذون، يرد المشتري المبيع إذا وجد فيه عيب إلى الموكل. وليس له أن يرده الوكيل المذكور (البحر).

والحكم على هذا النوال في وكيل الوكيل وتعود حقوق العقد إلى الوكيل الثاني (البحر).

الحقوق العائدة إلى الوكيل قسمان:

القسم الأول ـ الحقوق التي للوكيل: كقبض المبيع؛ مطالبة ثمن المبيع، والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق.

إن إيفاء هذه الحقوق ليس واجباً على الوكيل لأنه متبرع. لكن يجب أن يوكل الوكيل لأجل هذه الحقوق أنظر المادة (١٥٠٤) واستعمال المجلة في بعض الأمثلة الآتية ألفاظاً تشعر بكون الوكيل غير مجبر على مباشرة هذه الحقوق مبني على هذا.

القسم الثاني ـ الحقوق الثابتة على الوكيل، كتسليم المبيع؛ الوكيل يجبر على إيفاء هذه الحقوق كذلك والفقرة الأولى من المثال الآتي الذكر من الحقوق العائدة إلى القسم الثاني هذا والفقرة الثانية عائدة إلى القسم الأول من الحقوق (تكملة رد المحتار).

وإذا أضاف العقد إلى موكله كانت حقوق العقد عائدة إلى موكله أيضاً، ويكون الوكيل في هذه الصورة كالرسول. يعني كما تعود حقوق العقد في الرسالة بمقتضى المادة (١٤٦٢) إلى المرسل، فلو أضاف الوكيل العقد إلى موكله كانت حقوق العقد عائدة إلى الموكل أيضاً، وقد **ذكرت** صور إضافة العقد إلى الموكل في شرح المادة (١٤٥٣)

والوكيل وإن كان مخيراً في البيع والإجارة والصلح عن اقرار في اضافة العقد إلى نفسه أو إلى موكله ولكن قد اختلف في الشراء فقط؛ فقد جاء في التنوير يلزم أن يضيف الوكيل بالشراء العقد إلى نفسه، فلو اشترى بالإضافة إلى موكله فلا ينفذ. لأن الموكل لم يرض في الصورة التي ترجع حقوق العقد فيها إلى الوكيل برجوع حقوق العقد إليه وأقام وكيلاً بعقد الشراء. والوكيل في هذه الصورة فضولي في هذا الشراء، ويكون العقد موقوفاً على اجازة موكله. لأن البائع أوجب البيع للموكل والوكيل قبل ذلك الايجاب فصار كما لو قال قبلت لفلان الموكل، فكأنه قبول لغيره ويتعذر تنفيذه عليه فيتوقف (البحر).

وينفذ عند الزيلعي. لأن الوكالة بالشراء لما كانت مطلقة وغير مقيدة بالإضافة إلى أحد، فكما أن للوكيل بالشراء أن يضفيها إلى نفسه فله أن يضفيها إلى موكله. ويستدل من ذكر المجلة المسألة مطلقة كونها قد قبلت بيان الزيلعي (أبو السعود).

حقوق العقد في البيع والشراء ـ كتسليم المبيع، قبض الثمن، الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، الخصومة بالعيب

في الإجارة، فسخ الاجارة بعد الاجارة وقبل مضي المدة؛ قبض الأجرة، واعطاء الأجرة في الاستئجار وما إلى علك من الأشياء. كذلك يستفاد من الإيضاحات الآتية:

حقوق العقد في الوكالة بالبيع:

أولاً ـ مثلاً إذا لم يكف الوكيل بالبيع العقد إلى موكله واكتفى باضافته إلى نفسه، مثلاً لو باع مالاً لموكله بقوله لشخص بعت لك هذا المال. كان مجبوراً على تسليم المبيع للمشتري ويطالب المشتري الوكيل بأن يسلم المبيع له. ولا يطالب الموكل. فها قد رؤي أن تسليم المبيع هو من حقوق العقد وأنه عائد إلى الوكيل.

ويفهم من ذكر تسليم المبيع **مطلقاً** أن للوكيل تسليم المبيع قبل ثمن المبيع؛ ولو نهى الموكل

وكيله عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن، ولا حكم له عند الطرفين سواء كان قبل البيع أو كان بعد البيع، لأن الموكل قد نهى الوكيل عن حق عائد إليه وهذا النهي ليس من صلاحية الموكل (البحر بزيادة أبو السعود) وإن سلم المبيع قبل قبض الثمن ثم نوى الثمن على المشتري لا ضمان على الوكيل عند أبي حنيفة ومحمد (الخانية).

وبطلان نهيه عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن بتمسك المجلة بالمادة (٢٧٨) (تكملة رد المحتار)، وقد مر في المسائل الإثنتي عشرة المتفرعة عن الضابط الأول في شرح المادة (١٤٥٦) حكم مناسب لهذا.

لكن إذا كان المال الذي باعه الوكيل بالبيع لا يزال في يد الموكل ولم يكن البيع نسيئة، فللموكل أن يمتنع عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن، أما إذا كان البيع نسيئة، فيجبر الموكل على تسليم المبيع (تكملة رد المحتار).

إذا باع الوكيل بالبيع المال المسلم إليه نسيئة أي معجلاً وأخذ الموكل بعد ذلك المال من الوكيل وأراد عدم تسليمه، فأخذه الوكيل من دار الموكل بلا اذنه وتلف في يده ينظر.

فإذا كان الأخذ المذكور بعد البيع فلا يلزم الوكيل ضمان، أما إذا كان الأخذ المذكور قبل البيع وبعد نهي الموكل عن القبض، فيلزم الوكيل الضمان، وإذا لم يتلف المبيع وباعه الوكيل جاز (البحر).

ثانياً ـ وله أن يطلب الثمن من المشتري ويقبضه، ويجبر المشتري على اعطاء ثمن المبيع للوكيل؛ حتى إن السند الذي أخذه الوكيل بالبيع في مقابل ثمن المبيع باسم موكله، يعني لو اعطى المشتري سنداً مبيناً فيه أن للموكل كذا درهماً ديناً عليه من جهة ثمن المبيع يكون حق القبض للوكيل أيضاً؛ وليس للموكل، لأنه بالكتابة لم يخرج عن كونه وكيلاً، ما لم يكن الموكل قد قبض الثمن المذكور من المشتري وليس الموكل في هذه الحال أن يأخذ الثمن تكراراً، لأن الحق الواحد لا يستوفى مرتين.

ثالثاً ـ لا يجبر المشتري على دفع ثمن المبيع وتسليمه إلى الموكل. وللمشتري أن يمتنع عن اعطاء ثمن المبيع للموكل. لأن حقوق العقد عائدة إلى الوكيل أصالة، والموكل أجنبي عنه (البحر، الطحطاوي، تكملة رد المحتار) حتى إن الوكيل بالبيع لو غاب بعد أن باع مال موكله؛ فليس للموكل أن يطلب ثمن المبيع من المشتري (رد المحتار).

لكن إذا أعطى المشتري ثمن المبيع إلى الموكل برضاه جاز وبريء من الدين استحساناً. أنظر المادة (١٠٥٣). لأن الثمن المقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه ولا فائدة من اخذ منه ثم الدفع إليه (تكملة رد المحتار).

رابعاً ـ ويقيم ادعاء تسليم الثمن في مواجهة الوكيل بالبيع، وإذا أدعى المشتري أنه أعطى ثمن المبيع إلى الوكيل وأنكر الوكيل تتوجه اليمين على الوكيل على أنه لم يقبضه. وإذا نكل عن

اليمين ثبت القبض وكان الوكيل محكوماً. لأن الوكيل المرقوم إما باذلٌ أو مقرٌّ في نكوله ويضمن الثمن إلى موكله على كلا التقديرين (ابن عابدين على البحر).

خامساً ـ يصح عند الطرفين لوكيل البيع إذا باع مالاً في مقابل دين ثابت في ذمته ولم يكن قد قبض الثمن. أن يبرأ المشتري من الثمن أو يحط مقداراً منه أو يهبه إياه أو يقبل الثمن حوالة على ملي أو مماثل أو دون ويكون ضامناً لموكله. (رد المحتار والأنقروي)

لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد، وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر عن الموكل حاصل بتضمين الوكيل كل الثمن للموكل في الحال (مجمع الأنهر) خلافاً لأبي يوسف (تكملة رد المحتار).

إلا أنه إذا أبرأ الموكل والوكيل المشتري معاً، وتحصل البراءة بابراء الموكل فهو يرجع على وكيله (البحر)

أما الوكيل فكما أنه ليس له أن يبرىء المشتري من الثمن بعد قبضه إياه أو يحط منه أو يهبه، فإذا لم يكن ثمن المبيع ديناً وكان عيناً، فوهبه الوكيل ذلل الثمن للمشتري ليس صحيحاً؛ أنظر المادة (٨٥٧) (الهندية، الأنقروي) أما بعد قبض الثمن فلا يملك الحط والإبراء والإقالة (تكملة رد المحتار).

سادساً ـ للوكيل بالبيع تأجيل ثمن المبيع وإقالة البيع قبل قبض الثمن أنظر المادة (١٥٠٥)

سابعاً ـ إذا كان الوكيل بالبيع كفيلاً بثمن المبيع فلا يصح، أنظر شرح المادة (٦٣٠).

ثامناً ـ لو حول المشتري بثمن المبيع الموكل على الوكيل على أن يكون بريئاً من ثمن المبيع فلا تصح، فإن أدى بحكم الضمان رجع لبطلانه وبدونه لا لتبرعه (تكملة رد المحتار).

تاسعاً، لو حول الوكيل موكله على المشتري على أن يأخذ ثمن المبيع تصح؛ وتكون هذه الحوالة وكالة بقبض الثمن. وليست حوالة في الحقيقة. لأنه لا شيء للموكل على وكيله، أنظر شرح المادة (٦٧٣).

عاشراً ـ إذا وكل وكيل البيع موكله بقبض ثمن المبيع من المشتري كان صحيحاً، وله أن يعزله بعد ذلك ما لم يكن الوكيل قد امتنع عن قبض الثمن وحكم عليه بناء على شكوى موكله بتوكيله موكله بقبض الثمن ووكل الوكيل موكله بناء على ذلك، ولا يمكنه عزله حينئذ أنظر شرح المادة (١٥٠٤) (تكملة رد المحتار)

الحادي عشر ـ لو وكل أحد آخر ببيع ماله على ألا يكون للوكيل حتى قبض ثمنه فالوكالة صحيحة. وهذا الشرط والنهي باطلان.

الثاني عشر ـ إذا توفي أو جن الموكل بعد أن باع الوكيل المال، فللوكيل المرقوم قبض ثمن المبيع أيضاً.

الثالث عشر ـ إذا كان الوكيل بالبيع مديناً للمشتري بشيء من جنس ثمن المبيع وقع التقاص بثمن المبيع، ويضمن الوكيل إلى موكله مقدار ما وقع التقاص به. لأنه قضى دينه بمال الموكل وهذا عندهما. قال الإمام أبو يوسف: لا تقع المقاصة بدين الوكيل، وهو مبني على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن، فعندهما يجوز إبراؤه فتقع المقاصة، وعنده لا يجوز فلا تقع، ووجه البناء أن المقاصة ابراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

أما إذا كان الموكل فقط مديناً للمشتري، فكما أنه يقع التقاص بدينه: فإذا كان الموكل والوكيل مدينين معاً فيقع التقاص أيضاً. وإن هلك المبيع في يده قبل تسليمه بطلت المقاصة، ولا ضمان للموكل على الوكيل. لأنه بالهلاك انفسخ البيع من أصله.

الرابع عشر ـ إذا باع الوكيل بالبيع المأمور ببيعه إلى دائنه في مقابل ما له عليه من الدين يصح ويبرأ من الدين ويضمن الثمن لموكله (تكملة رد المحتار).

الخامس عشر ـ إذا ظهر للمال المشترى أي المال الذي باعه الوكيل بالبيع مستحق وضبط المال المذكور بعد من ذلك الشخص بعد الدعوى والحلف والحكم رجع المشتري على الوكيل بالبيع. يعني يطلب الثمن الذي أعطاه له. ويرجع الوكيل على موكله بالثمن فيما إذا سلم الوكيل ثمن المبيع إلى موكله (البحر).

كذلك لو باع أحد مال آخر بالوكالة لشخصين بألف قرش وسلمه إياه وباعه ذلك الشخص للوكيل بتسعمائة بعد ذلك وسلمه إياه وضبط بعد ذلك المال المذكور من يد الوكيل بالاستحقاق، يرجع الوكيل بتسعمائة قرش على ذلك الشخص، ويرجع الشخص المذكور بألف قرش على الوكيل والوكيل أيضاً يرجع بألف قرش على الموكل. وفائدة الرجوع على هذا الترتيب تظهر في اختلاف الثمن كما في المثال المذكور (البحر، رد المحتار).

السادس عشر ـ الرد بالعيب القديم من حقوق العقد أيضاً. وعليه لو أطلع المشتري بعد أن باع مال موكله على عيب قديم في المال. فله رده إلى الوكيل بالبيع وليس له رده إلى الموكل، وإذا رده إلى الوكيل المذكور؛ فإذا أعطى المشتري الثمن إلى الوكيل يأخذه من الوكيل سواء أعطى الوكيل ثمن المبيع إلى موكله أو لم يكن قد أعطاه وحفظه في يده. فإذا أعطى المشتري الثمن إلى الموكل يسترده من الموكل (أي برضاه). كذلك إذا أدعى المشتري عيباً قديماً وأقر الموكل بالعيب القديم مع أن الوكيل قد أنكره فلا يلزم شيء بهذا الإقرار. لأن الخصومة بالعيب من حقوق العقد. أما الموكل فهو أجنبي عنه (البحر، رد المحتار، الطحطاوي) وبالعكس إذا أقر الوكيل بالبيع بالعيب القديم وأنكره الموكل يرد بخيار العيب.

ويكون اقرار الوكيل هذا صحيح في حقه على كل حال. لكنه يكون في حق الموكل في بعض الأحوال صحيحاً وفي بعضها غير صحيح، فإذا لم يكن حدوث ذلك العيب في يد المشتري ممكناً في المدة التي بعد أن اشترى المشتري من الوكيل. فيحكم الحاكم سواء أقر الوكيل بالعيب أم أنكره يرد

ذلك المال إلى الوكيل بلا اثبات. وفي هذه الصورة يرده الوكيل على رواية إلى موكله أيضاً، الوكيل في هذه المسألة لا يحتاج إلى الخصومة مع الموكل (التكملة ملخصاً).

لأنه لما كان المبيع في هذه الحال في يد الموكل ووجود العيب فيه متيقناً عند القاضي، فحكم الحاكم ليس مستنداً إلى اقرار الوكيل أو إلى النكول (البحر)

قال في المواهب: لو رد عليه بما يحدث مثله بالإقرار، يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية (تكملة رد المحتار) وإذا كان حدوث العيب في تلك المدة ممكناً وأنكر الوكيل قدم العيب، فللمشتري أن يقيم بينة على قدمه. لأن الثابت بالبينة ثابت في حق الكافة، لأن البينة حجة مطلقة متعدية، فيلزم الموكل كما لزم الوكيل. وإذا نكل الوكيل لدى الاستحلاف يحكم برد ذلك المال إلى الوكيل. ويرده الوكيل أيضاً في هذه الحال إلى موكله، لأن البينة فكما أنها حجة مطلقة والعيب بعيد عن علم الوكيل لعدم ممارسته المبيع فالوكيل مضطر بناء على ذلك في النكول. أما النكول فهو بذل أو اقرار وكل منهما حقه أن لا ينفذ على الموكل، لكنه لما كان النكول مضطراً إليه ينفذ العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع لزم الأمر دفعاً للضرر عن الوكيل (تكملة رد المحتار).

أما إذا أقر الوكيل بعيب كهذا يحكم الحاكم بالرد إلى الوكيل، والوكيل في هذه الصورة لا يمكنه رده إلى موكله ويبقى ذلك للوكيل، لأن الإقرار المذكور وإن كان صحيحاً في حق الوكيل، فليس بصحيح في حق الموكل، لأن وكالة الوكيل تنتهي بتسليمه المبيع للمشتري واقراره في حق الموكل غير لازم (البحر) لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لامكانه السكوت والنكول (تكملة رد المحتار).

لكن للوكيل بعد ذلك أن يدعي على الموكل بيان كونه يوجد عيب قديم في ذلك المال. إذا أثبت الوكيل أو نكل الموكل عن اليمين المكلف بها فيرده الوكيل أيضاً إلى موكله وإذا لم يمكن الوكيل الإثبات أو حلف اليمين أيضاً كان المال المذكور عائداً إلى الوكيل (البحر).

فإن قيل كيف يرده ويخاصم الموكل بالإقرار فسخ في حق المتعاقدين وبيع جديد في حق الموكل؟ فلنا الرد ما حصل باقراره بل بقضاء القاضي بكره منه فجعل فسخاً لكن استند لدليل قاصراً فمعنا الفسخ عند البرهان ولزوم الوكيل عند عدمه عملاً بقصور المستند وهو الإقرار (تكملة رد المحتار).

مع ذلك إذا أقر الوكيل بالعيب الذي لا يتصور حدوثه في مدة كهذه. لكن إذا قبل برضاه المبيع من المشتري وأخذه، فليس للوكيل أن يدعي على الموكل كون ذلك المال معيباً ويبقى في يده (رد المحتار).

لأن الرد بالرضا في حق الثالث بيع جديد، أما الموكل فقد كان ثلثاً. أما بالقضاء ففسخ لأن للحاكم ولاية عامة، ولما كان الإقرار حجة قاصرة وحيث أن الرد بالقضاء فسخ، فللوكيل حق في المخاصمة وحيث إن الإقرار حجة قاصرة، فلا تلزم الموكل بلا حجة (البحر مع التعليقات عليه، تكملة رد المحتار)

كذلك إذا وجد المشتري في المبيع عيباً قديماً بعد أن توفي الوكيل بالبيع يرده إلى وصي الوكيل أو إلى وارثه. وإلا فيرد موكله (البحر).

وستأتي بعض المسائل المتعلقة برد العيب في شرح المادة (١٥٠٥).

حقوق العقد في الوكالة بالشراء:

أولاً - وإذا لم يضف الوكيل بالشراء العقد إلى موكله على هذا الوجه بقوله اشتريت هذا المال منك بكذا قرشاً مثلاً: يقبض المال الذي اشتراه ويجبر البائع على تسليم المبيع للوكيل بالشراء. ولا يجبر على تسليمه للموكل.

ثانياً - يجبر الوكيل على اعطاء ثمن المال المشتري من ماله ولو لم يأخذه من موكله (البحر) ويرجع بعد ذلك بالثمن المذكور على موكله. أنظر المادة (١٤٩١)

ولو أعطى الموكل الثمن إلى الموكل ولم يعطه الوكيل إلى موكله واستهلكه، فللبائع أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن. ولو دفع الموكل بالشراء الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر، كان للبائع حبس المبيع، ولا مطالبة له على الموكل؛ فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع باع القاضي المبيع بالثمن إذا رضيا وإلا فلا (تكملة رد المحتار بتغيير).

ثالثاً - ليس للبائع أن يطالب بالثمن موكل الوكيل بالشراء (البحر).

رابعاً - إذا ظهر مستحق للمال المشتري وهو لم يزل في يد الوكيل بالشراء. فادعاه وأثبته وضبطه من يده بعد الحلف، يرجع الوكيل بالشراء على بائعه ويأخذ الثمن منه. وليس له الرجوع على موكله وطلب الثمن الذي أعطاه (رد الحتار، التكملة).

خامساً - وإذا ظهر عيب قديم في المال المشتري كان للوكيل بالشراء حق الرد. وسنأتي بتفصيلات ذلك في المادة (١٤٨٩)

ليس للوكيل بالشراء عند الطرفين أن يبرىء بائعه من العيب وإن كان له حق المخاصمة مع البائع لأجل العيب واختلفوا في قول أبي يوسف (البحر).

سادساً - للوكيل بالشراء أن يرضى بالعيب وللوكيل بعد ذلك أن يقبل المبيع وإن شاء ألزم الوكيل. وإذا تلف المال المشترى في يد الوكيل قبل الزام الوكيل تلف على الموكل (التكملة).

يجوز الرضاء بالعيب مع أنه لا يجوز الإبراء في الفرق.

سابعاً - للشفيع أن يخاصم وكيل المشتري الذي لم يزل في يده المال المشترى (الملتقى).

ثامناً - إذا وجد الموكل في المشترى عيباً قديماً بعد أن توفي الوكيل بالشراء يرده وصي الوكيل أو وارثه. وإذا لم يوجد هؤلاء يرده الموكل (البحر، وتكملة رد المحتار).

حقوق العقد في الإجارة:

أولاً - إذا أجر الوكيل بالإجارة من دون أن يضيف العقد إلى موكله على هذا الوجه. يكون في اثبات الإجارة وقبض الأجرة خصماً للمستأجر.

ثانياً - للوكيل بالإجارة أن يبرىء المستأجر من الأجرة التي هي دين ويضمنها بعد ذلك لموكله. سواء أبرأه قبل وجوب الثمن أو بعده

ثالثاً - للوكيل بالإجارة أن يوكل آخر بقبض البدل ولو لم يوجد هذا الوكيل في غياب الوكيل بالاجارة. وإذا أعطى المستأجر بدل الاجارة إلى هذا الوكيل وقبضه يبرأ، لكن إذا تلف المقبوض في يد الوكيل بالقبض. فإذا لم يكن الوكيل المذكور أي الوكيل بالقبض أميناً للوكيل بالاجارة ضمن الوكيل بالإجازة لموكله (الهندية) أنظر المادة الثانية من المسائل الاستثنائية الواردة في شرح المادة (١٤٦٦)

رابعاً - إذا فسخ الوكيل بالاجارة الاجارة بعد العقد وقبل مضي مدة الاجارة يصح، أما لو فسخ بعد مضي المدة وبعد قبض الأجرة فلا يصح. سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً.

خامساً - إذا استأجر الوكيل بالاستئجار وأضاف العقد إلى نفسه أجبر على اعطاء الايجار كذلك قد فصل في شرح المادة (١٤٥٩). وإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله في البيع والشراء والاجارة والصلح عن اقرار كما لو قال بعت بالوكالة عن فلان أو اشتريت بالوكالة عن فلان. أما لو قال بعني فلان. فلا يكون قد أضاف العقد إلى موكله كما قد وضح في شرح المادة (١٤٥٣) (الطحطاوي)

وعليه إذا عقد البيع مضيفاً العقد إلى موكله تعود حقوق العقد المبينة آنفاً كلها إلى الموكل. وفي هذه الصورة يكون الوكيل في حكم الرسول. لأن هذه الوكالة رسالة. وتعود حقوق العقد بمقتضى المادة الآتية في الرسالة إلى المرسل. ولا تعلق للرسول على الإطلاق، مثلاً وإذا لم يضف الوكيل بالبيع العقد إلى نفسه وباع مالاً بالإضافة إلى موكله كان الموكل مخيراً على تسليم المبيع للمشتري، وللموكل أن يطلب ويقبض ثمنه من المشتري وإلا لا تعود هذه الأشياء إلى الوكيل. وتقاس الأشياء الباقية على ذلك أيضاً.

المادة (١٤٦٢) - (تعود حقوق العقد في الرسالة إلى المرسل ولا تتعلق بالرسول أصلاً)

هذا أضاف العقد إلى مرسله.

قد وضح في شرح المادة الآنفة أن حقوق العقد راجعة للموكل في صورة إضافة الوكيل العقد إلى موكله إذ أن الوكالة تكون من قبيل الرسالة.

الخلاصة، تكون الرسالة على [illegible]:

أولها، لما كان قد فوض الوكيل بالتصرف حين تفويضه إياه على صورة الرسالة. فالوكيل مجبر على ايفاء المعاملة على سبيل الرسالة أيضاً، وقد ذكر في المادة (١٤٦٠)

ثانيها، إن كان تفويضه ابتداء على طريق الوكالة وبلفظ الوكالة. لكن لما كان الوكيل قد استعمل تلك الوكالة بصورة الرسالة فقد تحققت الوكالة المذكورة في ضمن الرسالة. وتعود حقوق العقد في الصورتين إلى الموكل ويكون الوكيل سفيراً محضاً. مثلاً لو ظهر مستحق بعد تلف المال الموهوب في يد الموهوب له فليس للمستحق أن يطالب به من الموكل (رد المحتار).

كذلك ليس للواهب اقامة دعوى الرجوع بالهبة على الوكيل بالإتهاب ولو وجد المال الموهوب في يده (الهندية).

جاء في الشرح إذا أضاف الرسول العقد إلى مرسله. لأن الرسول إذا أضاف العقد إلى نفسه نفذ بعض العقود عليه وكانت العهدة عليه أيضاً بسبب حقوق العقد ولا تنفذ بعض العقود. ولنذكر ثلاثة أمثلة لرسول الاستقراض والبيع والشرا:

رسول الاستقراض: إذا أضاف الرسول بالاستقراض عقد الاستقراض إلى نفسه فكما أنه يكون المقروض مال الرسول فوفاؤه يلزم الرسول أيضاً. أنظر شرح المادة (الـ ١٤٦٠).

رسول الشراء: إذا لم يضف هذا الرسول العقد إلى مرسله واشترى بالإضافة إلى نفسه كان المال المشترى عائداً إليه. كما أن حقوق العقد راجعة لذلك الرسول (جامع الفصولين، الحامدية) أنظر شرح المادة (١٤٥٣). يعني أنه يلزم المأمور بالشراء على صورة الرسالة ابتداء أن يضيف العقد إلى مرسله وإذا أضافه إلى نفسه بأن أخرج الكلام مخرج الوكالة يبقى المال المشترى له ولا يكون للمرسل.

رسول البيع: إذا عقد هذا الرسول البيع بقوله بعت منك هذا المال، فلا يجوز. لأن الوكالة لما كانت فوق الرسالة فلا تتضمن الرسالة الوكالة لكن يجب أن يقول في عقدالبيع: إن مرسلي فلاناً يقول قد باع منك هذا المال بكذا درهماً (البحر) بناء عليه فهذا البيع بيع فضولي إن شاء صاحب المال أجازه وإن شاء فسخه.

الاختلاف في الوكالة والرسالة:

لكن لو اختلف في كونها وكالة أو رسالة فالقول لمدعي الرسالة. مثلاً لو قال البائع لأحد: أنت اشتريت المال الفلاني بالوكالة عن فلان فاعطني ثمن المبيع. وقال له ذلك الشخص: لم أكن وكيلاً بل رسولاً واختلفا على هذا الوجه فالقول لمدعي الرسالة. بناء عليه يلزم البائع أن يثبت كون ذلك الشخص وكيلاً (الهندية) لأن المشتري ينكر إضافة العقد والبائع يدعي عليه ذلك (التكملة عن النهاية).

لكن لو ادعى الرسول بعد إن شاء العقد لاضافته إلى نفسه قائلاً: إني رسول ولست بوكيل

فلا يقبل أدعاوه (التنقيح). بناء عليه يلزمه ثمن المبيع هذه الصورة (الخانية) أنظر شرح المادة (١٤٥٤)

المادة (١٤٦٣) ـ (المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء وإيفاء الدين واستيفائه وقبض العين من جهة الوكالة في حكم الوديعة في يده. فإذا تلف بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان. والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة أيضاً في حكم الوديعة).

ضابط: الوكيل أمين على المال الذي في يده كالمستودع. بناء عليه يلزم الوكيل الضمان في الخصوصات التي يلزم الضمان فيها الوديع، ويبرأ الوكيل من الضمان أيضاً في الخصوصات التي برأ فيها المستودع (البحر، الهندية). والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه، بناء عليه المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء وإيفاء الدين واستيفاء وقبض العين ودفعها من جهة الوكالة في حكم الوديعة في يده. وعليه فإذا كان موجوداً عيناً فيلزم تسليمه عيناً إلى موكله. أنظر المادة (٢٤٣) مع شرحها والمادة (٧٩٤) وإلا فليس للوكيل بقبض الدين أن يحبس ما قبضه مما له في ذمة المدين بقوله بعد أن قبض الدين: إن لي على المدين المذكور كذا درهماً ديناً أيضاً فإني أمسك ما قبضه منه في مقابل ذلك. فليس له أن يمتنع عن اداء ذلك إلى موكله (الفيضية).

كذلك إذا تلف المال الذي قبضه الوكيل في يده أو في يد أمينه بلا تعد ولا تقصير أو طرأ على قيمته نقصان فلا يلزم الضمان. أنظر المادة (٧٧٧) أما إذا تلف بالتعدي أو التقصير فيكون ضامناً. حتى أنه إذا تلف بعد أن امتنع الوكيل عن اعطائه للموكل بطلبه إياه منه يضمن. أنظر المادة (٧٨٤) علي أفندي

تفريع الأمثلة والمسائل:

ولنفصل الآن هذه:

المال الذي في يد الوكيل بالبيع ـ إما أن يكون الشيء الذي يعطى على أن يباع، أو ثمن المبيع وكلاهما أمانة. فلو وكل أحد ببيع فرس وسلمه إياه فكما يكون الفرس المذكور أمانة في يده فإذا باع الوكيل المذكور ذلك الفرس لآخر وأخذ ثمنه كان المبلغ المذكور أمانة في يده أيضاً. فإذا تلف بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم ضمان. أما الوكيل بالبيع لو أودع المال الذي أعطي إليه لأجل البيع من دون إذن موكله عند أجنبي، أو أرسل ثمنه إلى موكله بعد البيع مع أجنبي فتلف في يد ذلك الأجنبي، كان الوكيل ضامناً أنظر المادة (٧٩٠)

لا يلزم الوكيل بالبيع ضمان إذا كانت العادة والعرف أن لا يبيع بنفسه وأن يعطي لدلال يعرضه للبيع، وأن يرسل الثمن بواسطة أمين وأعطى المال المعتاد إلى الدلال فضاع المال منه أو

تلف ثمن المبيع المذكور بوجه من الوجوه؛ كفرار الأمين، لأنه بمقتضى العادة يكون مأذوناً بذلك. أنظر المادة (٤٣) (تعليقات ابن عابدين على البحر).

كذلك إذا أدعى الوكيل أنه أرسل ثمن المبيع مع الأمين على الوجه المعتاد وأنكر الموكل بعض الدفعات فالقول مع اليمين للوكيل. ولو لم يعلم الوكيل تفاصيل الدفعات مع طول المدة (تكملة رد المحتار).

كذا إذا وضع الوكيل بالبيع مال موكله في دكان ضمن شيء، وقال لصاحب الدكان المجاورة لدكانه (راقب دكاني) وضاع من تلك الدكان فإذا كان هذا الجار أميناً فلا يلزم الوكيل ضمان، أنظر الفقرة الثانية من المادة (٧٨٠). أما إذا لم يكن أميناً له فيلزم الوكيل الضمان (صرة الفتاوى).

وكذا إذا باع الوكيل بالبيع المال لمن لا يعرفه وسلمه إياه من دون أن يستوفي الثمن وبقي في ذمة المشتري المجهول كان الوكيل ضامناً لأن الوكيل ليس له أن يسلم المال لمن لا يعرفه (البحر، رد المحتار). كذا لو أضاع الدلال المال الذي أعطاه إياه آخر لأجل بيعه وقال لا أعرف كيف ضاع: كان الدلال ضامناً (الأنقروي).

أما لو أعطى أحد آخر ساعة مثلاً لأجل أن يعمرها وأعطاها الآخر إلى الساعاتي ونسي الشخص الذي أعطاه الساعة فلا يلزمه ضمان (الدر المختار) لأن النسيان ليس بتعد.

كذلك لو توفي الوكيل بالبيع بعد أن قبض ثمن المبيع مجهلاً لزم الضمان (التنقيح) أنظر المادة (٨٠١) ولا يقبل قول ورثته أنه دفعه في حياته بلا برهان لأنه بموته مجهلاً تقرر في تركته الضمان فلا بد للخروج عن عهدته من البيان (الخيرية).

المال الذي في يد الوكيل بالشراء ـ وهذا المال أيضاً أما أن يكون ثمناً أو مشترى. وكلاهما أمانة أيضاً فلو أعطى أحد عشرة دنانير لآخر لشراء فرس له، فتكون العشرة الدنانير أمانة في يد الوكيل ولا يلزم ضمان بتلفه بلا تعد ولا تقصير. لكن تبطل الوكالة بتلف ذلك المبلغ. لأن النقود في الوكالة تتعين في التعيين سواء أعطيت النقود للوكيل أو لم تعط. كما ذكر في شرح المادة (٢٤٣).

مثال للتعين بالتعيين قبل التسليم:

لو قال الموكل لوكيله: اشتر لي بهذه العشرة دنانير فرساً؛ وسرق هذا المبلغ بعد تسليمه لوكيله من يده، فليس للوكيل أن يشتري ذلك الفرس فإن اشتراه كان له. لكن إذا هلك ذلك المبلغ بعد الشراء في يد الوكيل وقع الشراء للموكل، ويقتدر الوكيل على الرجوع بثمن المبيع على موكله، أنظر المادة (١٤٩١) وفي هذه الصورة إذا اختلف في كون الهلاك وقع قبل الشراء أو بعد الشراء كان القول مع اليمين للآمر والموكل، (البحر مع تعليقات ابن عابدين عليه).

والمال الذي يأخذه الوكيل بالشراء أمانة في يده. أنظر المادة (١٤٩٢).

لو وكل أحد آخر بأن يشتري له كذا كيلة من الحنطة من المملكة الفلانية، واشترى الآخر بنقوده وبثمن المثل الحنطة وقبضها وتلفت في الطريق، كانت الخسارة عائدة على الموكل.

ويأخذ الوكيل التي أعطاها لأجل الحنطة من الموكل. وليس للموكل أن يمتنع عن اعطاء النقود بمجرد القول إن الحنطة لم تصلني.

لو أرسل الوكيل بالشراء بعد أن اشترى المال الذي وكل بشرائه ذلك المال مع أجنبي إلى موكله من دون اذن الموكل، فتلف المال المذكور في يده يضمن الوكيل. أنظر المادة (٧٩٠).

إلا إذا كان العرف والعادة أن يرسل الوكلاء المال المشترى مع من يعرفون أنهم أمناء إلى موكليهم، فحينئذ لا يكون الوكيل ضامناً. كذلك قد فصل في الوكالة بالبيع هكذا.

كذلك لو نسي أخر النقود التي أخذها من آخر ليشتري له فرساً في بيته، وقصد إلى السوق لشراء الفرس واشتراه وعند عودته إلى بيته وجد النقود قد سرقت ثم تلف الفرس في يده أيضاً بلا تعد ولا تقصير كانت الخسارة على الموكل.

لكن يجب أن يثبت أنه قد أخذه للموكل. وفي هذه الصورة إذا طلب البائع الثمن من الوكيل فيطلبه الوكيل من الموكل. أما إذا لم يثبت أنه اشتراه للموكل فليس للوكيل أن يرجع بالثمن المذكور على موكله بادعاء كهذا. ويرجع الضرر المتولد عن تلف الحيوان عليه (الهندية) أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (١٤٨٦).

اختلاف الوكيل بالشراء والموكل في مقدار الثمن:

لو وكل الموكل أحداً لشراء فرس بعشرة دنانير، وبعد أن أعطي العشرة دنانير إلى الوكيل المذكور، قال الوكيل اشتريته بعشرة دنانير. وقال الموكل اشتريته بخمسة دنانير: واختلفا على هذه الصورة. فالقول للوكيل بكون ثمن الفرس عشرة دنانير.

لأن الوكيل أمين وهو يدعي بخروجه من عهدة الأمانة مع أن الآمر يطلب تضمينه خمسة دنانير والوكيل ينكر هذا الأمر أما إذا كان ثمن الفرس خمس دنانير، فالقول للآمر، لأن الوكيل قد اشترى فرساً بخمسة دنانير مع أن الموكل قد أمره لشراء فرس بعشرة. بناء عليه فيبقى الفرس المذكور للوكيل ويضمنه الآمر نقوده كلها. أنظر شرح المادة (١٤٧٩).

وإذا لم يعط العشرة دنانير المذكورة إلى الموكل المذكور. فالقول للموكل إذا كانت قيمة الفرس خمسة دنانير. أما إذا كانت قيمته عشرة دنانير فيجري التحالف بين الوكيل والموكل وإذا حلف كلاهما فسخ العقد الواقع بينهما ويترك الفرس إلى المأمور. لأن الوكيل والموكل هنا ينزلان منزلة البائع والمشتري وإذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن جرى التحالف بينهما. أنظر المادة (١٧٧٨) (البحر).

المال الذي في يد الوكيل بإيفاء الدين:

إذا أعطى أحد لآخر عشرة دنانير قائلاً اعطها إلى دائني الفلاني: كان المبلغ المذكور في يد ذلك الشخص أمانة، وعليه إذا أعطى المريض نقوداً لآخر ليعطيها إلى دائنه فلان، أو ليشتري له

بها مالاً، وقال الوكيل له اعطيتها لدائنك واشتريت بها المال. يقبل قول الوكيل في دفع الضمان عن نفسه ولو كذبه المريض، أنظر المادة (١٧٧٤). (واقعات المفتين).

والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه فلو دفع له مالاً؛ وقال اقضِهِ فلاناً عن ديني، فقال قضيته وكذبه صاحب الدين فالقول للوكيل في براءته والدائن في عدم قبضه فلا يسقط دينه ويجب اليمين على أحدهما فيحلف من كذبه الموكل دون من صدقه (تكملة رد المحتار).

وقد مرت فائدة قيد (الدفع عن نفسه) في شرح المادة (١٤٥٩) البحر.

المال الذي في يد الوكيل باستيفاء الديون:

هذا المال أيضاً أمانة في يد الوكيل: لو وكل آخر بقبض الدين الذي له على آخر في ديار أخرى وايصاله إليه، وبينما كان الوكيل في أثناء الطريق خرج عليه قطاع الطريق وسلبوه المبلغ الذي قبضه لموكله والذي هو ذاهب لايصاله إليه، فلا يلزم الوكيل ضمان إذا لم يكن قادراً على دفعهم (الفيضية).

المال الذي في يد الوكيل لدفع العين:

إذا أعطى أحد مالاً لشخص آخر على أن يعطي لشخص غيره واختلفا في تعيين ذلك الآخر كان القول لآخذ المال يعني للوكيل. لأنهما اتفقا على أصل الإذن فالوكيل أمين.

مثلاً لو قال الآمر: قد أمرت باعطاء ذلك المال لزيد؛ وقال المأمور يعني الوكيل: قد أمرت باعطائه لعمرو واختلفا على هذا الوجه فالقول للوكيل (البحر).

على أن صاحب التكملة المقدس وإن أدعى نقلاً أن القول للموكل، فهو لما لم يستند على نقل من كتاب معتبر فلا يقبل قوله.

المال الذي في يد الوكيل بقبض العين - لو وكل أحد آخر لقبض وديعة المودع عند آخر؛ وتلفت الوديعة بعد قبض الوكيل إياها بلا تعد ولا تقصير، فلا يلزم الضمان.

إيضاح القيود التي في متن المادة:

١ - من جهة الوكالة، أما إذا لم يكن ما قبضه الوكيل من جهة الوكالة وكان من جهة مضمون كالغصب والدين، فلا يكون الوكيل المذكور في حكم الوديع للمال المقبوض، يعني لا يكون أميناً.

مثلاً لو غصب أحد فرساً من آخر وأمر المغصوب منه الغاصب والمغصوب في يده بأن يعطيه إلى الشخص الفلاني وقال الغاصب أعطيه إياه وقال المعطى إليه لم آخذه، فالقول مع اليمين لذلك الشخص، ولا يصدق الغاصب بقوله أعطيت لمجرد كونه وكيلاً للمغصوب منه بالإعطاء ما لم يثبت ذلك بالبينة أو يصدقه الموكل. وإذا أنكر الموكل اعطاء ذلك الشخص، فللوكيل أن يكلفه بأن يحلف على كونه لا يعلم باعطائه، فإذا نكل عن اليمين سقط الضمان عن الوكيل.

كذلك لو أمر أحد مدينه بقوله (اعط لفلان ديني عليك البالغ كذا) ثم قال المدين: أعطيته وقال الشخص المذكور: لم آخذ؛ فالحكم على المنوال المشروح وقد مرت التفصيلات في شرح المادة (١٤٥٩) (تكملة رد المحتار).

والحكم في المقبوض وديعة مماثل لهذا أيضا. فلو قال المستودع للمودع: أعطيت العشرة دنانير التي أودعتها بأمرك لفلان وأنكر المودع أمره؛ فالقول للمودع على أنه لم يأمره مع اليمين (البحر).

مقبوضة، أما إذا لم يكن مقبوضاً للوكيل في حكم الوديعة لو قال أحد لآخر (ادِ العشرة دنانير التي علي لفلان) وكذب الطالب والموكل المأمور في حالة قوله أديت الدين، فإن أثبت أداءه فبها وإلا فالقول مع اليمين للطالب والموكل. ويحلف الموكل على عدم العلم. لكن لو صدق الموكل وكيله بقوله بأنه قد أداه للطالب فقط، فللوكيل الرجوع على موكله على الأشبه يعني يطلب من الموكل ما أعطاه للدائن، أنظر المادة (١٥٠٦). وفي الجامع لا رجوع للوكيل على موكله ولو صدقه والأول أشبه. ولما لم يثبت التصديق استيفاءِ الطالب دينه من مدينه (البحر) أنظر شرح المادة (١٤٥٩).

والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة في حكم الوديعة، كالمال الذي قبضه الوكيل من جهة الوكالة فإذا تلف بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان.

مثلاً لو أرسل أحد خادمه للصيرفي لاحضار ما يريد الصيرفي أن يقرضه إياه من النقود على ما مر في المادة (الـ ١٤٥٤) وشرحها، فقال الصيرفي: أعطيته إياه وقال الخادم: أخذته أيضاً وأعطيته لمولاي، يصدق الخادم في حق براءة نفسه. لأنه الأمين ويقبل قوله في حق نفسه. أما لو أنكر المستقرض قبض خادمه من الصيرفي النقود فلا يلزم المستقرض شيء بمجرد قول الخادم قبضت (تعليقات ابن عابدين على البحر بزيادة وإيضاح).

المادة (١٤٦٤) - (لو أرسل المدين دينه إلى الدائن وقبل الوصول إليه تلف في يد الرسول فإن كان المدين يتلف من مال المدين، وإن كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين).

إذا تلف الدين الذي أرسله المدين مع رسول وتلف في يد الرسول قبل أن يصل إليه. فإذا كان الرسول رسول المدين تلف من مال المدين، لأن قبض هذا لا يقوم مقام قبض الدائن وتعود خسارته إلى المدين ويلزم المدين أن يؤدي إلى الدائن الدين. وإذا وقع التلف في يد الرسول بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه شيء. أنظر إلى الفقرة الأخيرة من المادة الآنفة، أما إذا تلف بتعد أو تقصير فيضمن المدين الرسول؛ أنظر المادة (٧٨٧)

لكن إذا أتى رسول المدين بالدين إلى الدائن وأخبر بأن له معه نقوداً كهذه. فقال له الدائن

اشتر لي الشيء الفلاني بالدراهم التي معك. وتلفت النقود بعد ذلك في يد الرسول المذكور تتلف من مال الدائن، أنظر المادة (١٤٥٣) (الأنقروي). لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضها (التكملة).

وإذا كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن لأن قبض هذا قائم مقام قبض الدائن.

بناء عليه يبرأ المدين. ولا يلزم الرسول ضمان إذا كان التلف الذي حصل في يده بلا تعد ولا تقصير أما إذا كان التلف بتعديه أو تقصيره فيضمنه الرسول للدائن. أنظر المادة الآنفة وشرحها (البهجة).

كذلك لو أمر الدائن مدينه بقوله إدفع لفلان ما لي عليك من الدين وسلمه إياه كان ذلك الشخص رسول الدائن. فإذا تلفت النقود في يد ذلك الشخص عادت الخسارة إلى الدائن. ولو قال الدائن: إبعث ما لي من الدين مع فلان أو أرسله، فلا يكون ذلك الشخص رسول الدائن (صرة الفتاوى في الوكالة، تكملة رد المحتار).

بناء عليه إذا تلف الدين في يد الرسول قبل وصوله إلى الدائن تلف من مال المدين (رد المحتار).

وتعبير الدين في هذه المادة ليس باحترازي. والحكم في العين على هذا المنوال. فلو طلب أحد من التاجر شراء مال بكذا درهماً أي طلب أخذه بطريق سوم الشراء. وأرسله التاجر المذكور مع أحد إلى ذلك الشخص وتلف في يد الرسول قبل تسليمه إلى المرسل إليه فإذا كان الرسول رسول الطالب المذكور لزم الضمان بمقتضى المادة (٢٩٨) الطالب. ولا يلزم الرسول، أنظر المادة (١٤٦٣). وإذا كان رسولاً للتاجر كان الضرر الواقع عائداً إلى التاجر.

كذا لو أرسل المقرض المبلغ الذي وعد آخر باقراضه إياه مع شخص، وتلف في يد الشخص قبل الوصول ينظر: فإذا كان ذلك الشخص رسول المستقرض وكان المستقرض مقراً بقبضه كان الضرر عائداً إلى المستقرض، لكن إذا كان المستقرض منكراً القبض؛ كان القول للمستقرض ولا يلزم ضمان لذلك الشخص ولو قال الرسول قبضت. وإذا كان ذلك الشخص رسول المقرض كان الضرر على المقرض (الأنقروي، صرة الفتاوى في الوكالة).

سؤال - إذا قال الرسول بناء على القاعدة الثانية المذكورة في شرح المادة (١٤٥٩) قبضت، ألا يثبت بهذا الكلام القبض ويلزم المستقرض الضمان؟ فليتأمل في الجواب.

فرع: لو قال المدين لدائنه باعطائه مالاً: بع هذا وخذ دينك من ثمنه، وبعد أن باعه الآخر وقبض ثمنه تلف في يده ينظر: فإذا تلف بعد أن أحدث وجدد الدائن القبض لنفسه تلف من مال الدائن، أما إذا تلف قبل أن يحدث القبض ويجدده يتلف من مال المدين، أنظر شرح المادة (٢٦٢).

أما لو قال المدين لدائنه بعد اعطائه مالاً: بع هذا في مقابل حقك، وباعه الآخر وقبض ثمنه

من المشتري، فيكون قد استوفى دينه. حتى أنه لو تلف الثمن المذكور في يده كان الخسران عائداً إلى الدائن (الخانية).

المادة (١٤٦٥) - (إذا وكل واحد اثنين معاً بأمر فليس لأحدهما وحده التصرف في الأمر الذي وكلا به، ولكن إذا كانا قد وكلا بالخصومة، أو برد وديعة، أو إيفاء دين، فلاحدهما أن يوفي الوكالة وحده. وأما إذا وكل رجلاً بأمر، ثم وكل غيره رأساً بذلك الأمر فأيهما أوفى الوكالة جاز).

قاعدة: التصرف الذي فوض إلى اثنين ولا يقتدر أحدهما وحده على عمله. المسائل المتفرعة عن هذا:

المسألة الأولى - إذا وكل أحد شخصين معاً وبعبارة أخرى إذا وكلهما بكلام واحد. فليس لأحدهما وحده التصرف في الخصوص الذي وكلا به ولو كان البدل معيناً. لأن الموكل راض باجتماع رأي الإثنين ولم يرض برأي أحدهما فقط. وللموكل فائدة في اجتماع الرأي ولا يقال لا فائدة من اجتماع الرأي في الوكالة إذا بين ثمن المبيع: لأنه يفهم من توكيله إياهما معاً مع بيان الثمن أن غرض الموكل اجتماع رأي الإثنين لأجل زيادة الثمن واختيار المشترى (البحر) أي التقدير للبدل لمنع النقصان عنه فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثاني مشترياً ملياً والأول لا يهتدي إلى ذلك (رد المحتار).

وعليه ليس لأحد الوكيلين اللذين وكلا معاً التصرف وحده. ولو كان الآخر منهما صبياً محجوراً (البحر، رد المحتار).

كذلك إذا توفي أحد الوكيلين أو جن وبطلت الوكالة بمقتضى المادة (١٥٢٧) بناء على ذلك ليس للآخر القيام بالوكالة (البحر).

ولو كانا وصيين فمات أحدهما لا يتصرف الحي إلا بأمر القاضي (تكملة رد المحتار)
كذلك ليس لأحد الوكيلين بقبض الهبة أو قبض الدين قبضها (رد المحتار)

لأن قصد الموكل من توكيل شخصين هو المحافظة على المقبوض من قبل الوكيلين. فمحافظة وكيلين ليست كمحافظة وكيل واحد (البحر).

ومعنى تعبير (لا يستطيع التصرف) هنا هو تخلف التصرف بالنظر إلى نوعه.
ويبقى هذا التصرف بعضاً موقوفاً على اجازة الوكيل الآخر أو الموكل كما في الأمثلة الآتية:

المثال الأول - إذا باع أحد الوكيلين بالبيع المال وحده وكان الوكيل الآخر حاضراً عند البيع وأجاز هذا البيع كان جائزاً ونافذاً، وإذا كان غائباً وأجاز بعد ذلك عند الإمام أبي يوسف ولم يجز عند الإمام الأعظم. كذلك إذا باع أحد الوكيلين ذلك المال للآخر فلا يجوز (البحر) ولو باع

أحدهما من صاحبه شيئاً لم يجز لما في وصايا (الخانية) لو باع احر الوصيين شيئاً من التركة لصاحبه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، ويجوز عند أبي يوسف (تكملة رد المحتار).

المثال الثاني، لو باع أحد وكيلي البيع ذلك المال لشخص آخر. فالظاهر أن هذا البيع بيع فضولي. فإذا أجازه الموكل مع وجود شرائط الإجازة كان جائزاً أنظر الضابط الرابع في شرح المادة (١٤٩٥)

المثال الثالث ـ إذا قبض أحد وكيلي قبض الدين أو قبض الهبة كان موقوفاً على اجازة الدائن والموهوب له. أنظر المسألة المعنونة بعنوان (القبض الفضولي) في شرح المادة (١٤٥٩) (البهجة، رد المحتار بزيادة)

وينفذ هذا التصرف بعضاً على الوكيل كما في الأمثلة الآتية:

االمثال الأول ـ إذا اشترى أحد وكيلي الشراء باضافة العقد إلى نفسه فلا ينفذ هذا الشراء ولو أجاز الموكل هذا الشراء كما هو الظاهر ويبقى المال المشترى للوكيل بالشراء أنظر شرح المادة (١٤٥٣)

المثال الثاني ـ إذا كان لاستئجار مال وكيلان واستأجر أحدهما. نفذ عقد الاجارة على الوكيل المستأجر. وإذا أعطى الوكيل المستأجر المأجور إلى موكله وقبضه الآخر انعقدت بينهما بالتعاطي إجارة مبتدئة (الهندية).

ويبطل هذا التصرف بعضاً رأساً كما في الأمثلة الآتية:

المثال الأول ـ إذا قبض أحد وكيلي قبض الدين وحده وتلف المقبوض المذكور قبل الاجازة فلا يبرأ من دين الموكل (الأنقروي بزيادة، والبحر).

المثال الثاني ـ إذا وكل أحد اثنين معاً باسترداد عين العارية، الوديعة، لمغصوب واسترد تلك العين أحد الوكيلين وتلف في يده ضمن كل العين.

سؤال ـ أليس من الواجب في هذه الحال أن يضمن الوكيل القابض نصف المقبوض. لأن كلا من الوكيلين مأمور بقبض النصف؟

الجواب ـ إن كل واحد من الوكيلين مأمور بقبض نصفه باذن الوكيل الآخر ولم يكن مأموراً بقبضه على انفراد (البحر، رد المحتار).

لكن يستثنى من ضابط لا يمكن لأحد الوكيلين التصرف وحده ثماني مسائل:

(١) في الخصومة (٢) في رد الوديعة (٣) رد العارية (٤) رد المغصوب (٥) رد المبيع بعيب فاسد (٦) تسليم الهبة (٧) قضاء الدين (٨) في الطلاق بغير مال. ففي هذه المسائل الثمانية لأحد الوكيلين القيام بالوكالة.

١ ـ ايضاح الخصومة: إذا وكل أحد مما هو مبين بالمحاكمة والمخاصمة. فلأحدهما وحده تولي

المخاصمة والمحاكمة عنه. لكن يلزم انضمام رأي الآخر. حتى أنه لو خاصم أحد الوكيلين من دون انضمام رأي الوكيل الآخر فلا تجوز. لكن لا يشترط حضور الوكيل الآخر في مجلس الحكم (رد المحتار) لأنه لا فائدة من حضور وكيلين في مجلس الحكم وإن كانت الخصومة محتاجة إلى الرأي. فلو اشترط اجتماعهما كلاهما في مجلس القضاء. يلزم إما أن يشترط تكلمهما معاً. وهذه الصورة لما كانت باعثة على تشويش أمر المحاكمة والشغب. يعني على تهيج الشر. والحاكم لا يمكنه أن يساعد على ذلك فليس تكلمهما معاً ممكناً (البحر، تعليقات ابن عابدين عليه، تكملة رد المحتار) أو يشترط تكلمهما على التعاقب وهذا ليس جائزاً أيضاً. لأنه لو سمح بعد أن فهمت المحكمة محاكمة وكيل ومخاصمة وماهية الدعوى لوكيل آخر أن يحاكم ويخاصم لأدى ذلك إلى السماح لوكيل ثالث ورابع وخامس. وهذا باعث للاشتغال بمخاصمات غير متناهية. أو يشترط شورى بعضهما بعضاً في مجلس المحاكمة وهذا لا يمكن. لأن المحافظة على مهابة المجلس مانعة للاستشارة في مجلس المحاكمة (الولوالجية). لكن إذا كان هذان الوكيلان بالخصومة وكيلين بالقبض أيضاً فليس لأحدهما قبض المدعى به. حتى أنه لو وكل اثنين بالخصومة وقبض المحكوم به وحاكم الإثنان في هذه القضية بعد ذلك وتوفي أحد الوكيلين، فللوكيل الذي في قيد الحياة أن يقيم الشهود ويحكم لموكله إذا ثبت المدعى به؛ لكن لا يحكم بتسليم المدعى والمحكوم به لهذا الوكيل ولكن يعين وصي للوكيل المتوفي. ويسلم المدعى به للوكيل الحي مع وصي الميت (البحر).

المسألة المحتاجة إلى الحل: جاء لأحد الوكيلين المحاكمة مع انضمام رأي الآخر.

هل يلزم أن يثبت في المحاكمة أن الوكيل الذي حضر المحكمة قد تشاور والوكيل الذي لم يحضر فيها وأن يثبت أنه قد أخذ رأيه وكيف يكون هذا الثبوت؟

٢ ـ أيضاح رد الوديعة الخ ـ إذا كان لرد الوديعة وغيرها وكيلان فالسبب في تمكن أحدهما من القيام بالوكالة هذه وحده أنه لا يحتاج إلى الرأي، لذلك كان رد واحد وحده كرد اثنين معاً. ولو قالت المجلة رد العين بدلاً من قولها رد الوديعة، لكان أولى، لأنه لا فرق بين رد الوديعة ورد العارية والمغصوب والمبيع فاسداً (البحر).

وتعبير الرد فكما أنه للاحتراز عن استرداد العين وقبض الهبة فتعبير قضاء الدين احتراز عن اقتضائه، لأنه إذا وكل أحد اثنين باقتضاء دين واستيفائه. فليس لأحدهما وحده أن يقبض الدين. لأن في توكيل اثنين في هذا غرض صحيح. لأن محافظة اثنين خير من محافظة واحد. فإذا قبض أحدهما ضمن كله لأنه قبض بغير اذن المالك (تكملة رد المحتار).

قد مرت التفصيلات التي بخصوص تسليم الهبة في شرح المادة (١٤٥٩).

٩ ـ أما لو وكل بخصوص ما ووكل بعد ذلك آخر رأساً بذلك الشيء فأيهما أوفى الوكالة جاز، لأن الموكل على هذا التقدير قد كان وقت التوكيل راضياً برأي كل من الوكيلين وحده، فلم يتغير هذا الرضاء (الدرر).

الصور الثلاث في توكيل شخصين:

وعليه فيوكل الشخصان على ثلاث صور:

الصورة الأولى ـ يوكل معاً قد ذكر حكمه في الفقرة الأولى من هذه المادة.

الصورة الثانية ـ توكيلها على التعاقب قد فصل ذلك في هذه الفقرة.

الصورة الثالثة ـ أن يوكل الموكل بقوله ليأخذ أحدكما لي فرساً. فلو اشترى أحد المأمورين أولاً وثانيهما ثانياً كل منهما حصاناً وقع الشراء الأول للموكل. ويبقى الشراء الثاني للوكيل. وإذا اشتريا معاً في وقت واحد كان المشتريان كلاهما للموكل (البحر، الأنقروي) لأنه لا مرجح لأحدهما عن الاخر.

كذا لو وكل أحد اثنين كلا منهما على حدة ببيع ماله الفلاني وباع الإثنان المال فأيهما باع أولاً جاز بيعه، وبيع الثاني لا يجوز، وإذا لم يعلم أيهما باع أولاً. يملك كل من المشترين نصف المال بنصف الثمن. لأنه ليس أولى ويخير كل منهما لتفرق الصفقة ولا ترجيح إلا إذا كان في يد أحد المشترين فهو له بترجيح جانبه لتأكد شرائه، وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه (رد المحتار).

المسألة الثانية ـ لا يمكن لأحد الوصيين أن يتصرف بالوصاية. فلو عين أحد شخصين وصيَّيْن فليس لأحدهما أن يتصرف وحده في الخصوصات التي جعلا وصيين فيها على الأصح، سواء عينهما بكلام واحد أو عين كلا منهما بكلام مستقل. والحال أن لكل من الوكيلين اللذين وكل كل منهما بكلام مستقل التصرف مستقلاً. والفرق هو أن الوصيين يكونان من وفاة الموصي أوصياء معاً، أما حكم الوكالة فيثبت بنفس التوكيل (البحر، وتكملة رد المحتار) وبما أنه توجد تفصيلات في آخر كتاب الوكالة للحموي شرح الأشباه فليراجع.

المسألة الثالثة في الوديعة ـ ليس لأحد المستودعين حفظ كل الوديعة. أنظر المادة (الـ ٧٨٣)

المسألة الرابعة في القضاء ـ ليس لأحد الحاكمين اللذين نصبا ليستمعا دعوى واحدة أن يحكم بها وحده بل يحكمان بها معاً أنظر المادة (١٨٠٢)

ليس لأحد المحكمين المتعددين أن يحكم وحده بالدعوى أنظر المادة (١٨٤٤)

المسألة الخامسة في الوقف ـ ليس لأحد الناظرين أن يتصرف في أمور الوقف وحده فلو نصب الواقف بالذات أو الحاكم ناظرين لوقف واحد فليس لأحدهما وحده التصرف لو كان كل منهما منصوباً قاضي بلد فينفرد أحدهما بالتصرف كما في الوصيين (الحموي في آخر الوكالة وتكملة رد المحتار).

المادة (١٤٦٦) ـ (ليس لمن وكل بأمر أن يوكل به غيره إلا أن يكون الموكل قد أذنه بذلك وقال له: اعمل برأيك إذ للوكيل حينئذ أن يوكل غيره وفي هذه الصورة يكون الذي وكله الوكيل وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل.

حتى أنه لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول أو بوفاته).

ليس لمن وكل بخصوص أن يوكل أو يوصي لآخر بالموكل به قصداً، وبعبارة أخرى لو وكل فلا ينفذ ولو بين الموكل الثمن لوكيله. وفي عامة الروايات لا يجوز وإن بين الثمن ما لم يجز المالك أو الوكيل (تكملة رد المحتار).

لأن الأمر الذي فوض إلى ذلك الشخص القيام بالخصوص المذكور. وليس بأن يوكل غيرهُ بالقيام به (الدرر في القضاء).

والموكل أيضاً وإن كان راضياً برأي الوكيل الأول فلا يعد راضياً برأي الوكيل الثاني (البحر) ووصية الوكيل إلى آخر عند الموت كالتوكيل (البحر).

إيضاح القيود:

١ ـ في الخصوص الذي وكل به: للوكيل أن يوكل غيره بالحقوق الثابتة لأجله حتى أن الموكل لو قال لوكيله: لا توكل أحداً بهذه الحقوق فلا يعتبر قوله هذا، فلو وكل الوكيل موكله بهذه الحقوق كان صحيحاً (البحر) إلا إذا باع الوكيل بالبيع المال مؤجلاً ووكل آخر ليس بأمينه بالقبض من دون أمر وقبض الوكيل الثاني ثمن المبيع من المشتري وتلف بعد ذلك في يده أو مات مجهلاً. فللموكل عند الإمام الأعظم تضمين المبيع للوكيل الأول (هامش البهجة، هامش الأنقروي).

٢ ـ قصداً: أما لو باع الوكيل الثاني أو الفضولي الأجنبي في حضور الوكيل الأول أو في غيابه وأجاز الوكيل البيع هذا: الذي وقع في غيابه أو حضوره جاز ونفذ على الموكل. أنظر المادة (٥٥) لأن مقصود الموكل حصول رأي الوكيل الأول. وفي هاتين الصورتين يحصل رأيه ويكون تصرفه صحيحاً. وتعود حقوق العقد إلى الوكيل الثاني الذي هو العاقد(البحر).

وظاهر ما في الكتاب الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الإجازة. وهذا قول البعض، والعامة على أنه لا بد من اجازة الوكيل أي الموكل وأن حضرة الوكيل الأول لا تكفي، والمطلق من العبارات محمول على الأخير (البحر) وهو المعتمد. لأن توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثاني فضولياً لا يتم بمجرد حضرة الأول حتى يجيزه (تكملة رد المحتار).

قد صور هذا بالبيع. لأنه لو اشترى أجنبي مالاً وأجازه الوكيل جاز ولا ينفذ على الموكل. أنظر شرح المادة (١٤٥٣). فانه ينفذ عليه ولا يتوقف حتى يجد نفاذاً (رد المحتار) هذا إذا لم يضفه إلى غيره فان إضافه توقف على اجازته.

وهذا أيضاً إذا لم يكن المشتري صبياً محجوراً عليه فيتوقف لأنه لم يجد نفاذاً على العقد (تكملة رد المحتار)

كذلك لو قال لوكيله: خذ هذه الفرس لأجلي فوكل الوكيل آخر بشرائه واشتراه. كان هذا الفرس للوكيل الأول (البحر).

تصوير المسألة بالبيع للاحتراز عن الخصومة في الخصوصات التي ليست من العقد. كقضاء الدين، والإبراء عن الدين، والطلاق. لأن الوكيل بهذه الأشياء لو وكل آخر واشتغل الوكيل الثاني في حضور الأول بهذه الخصوصات فلا يصح أيضاً (الدر المختار)

مثلاً لو وكل أحد بابراء مدينه ووكل الوكيل المذكور وكيلاً آخر. وإبراء المدين في حضور الوكيل الأول فلا يصح (البحر، تكملة رد المحتار).

٣ ـ لا ينفذ: أما إذا أجاز الموكل هذا التوكيل جاز وكان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل الأول. وفي هذه الصورة يعد توكيل الوكيل الأول هذا فضولياً. يعلم هذا من قولهم كلما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف (تعليقات ابن عابدين على البحر، تكملة رد المحتار).

لكن تستثنى أربع مسائل فللوكيل فيها أن يوكل غيره:

المسألة الأولى ـ إذا أذن الموكل الوكيل بأن يوكل غيره أو قال له على التفويض لرأيه: اعمل برأيك. أو اعمل ما شئت، وكذا لو قال له الموكل: ما صنعت من شيء فهو جائز. ففي تلك الأحوال للوكيل أن يوكل غيره. لأنه كان حينئذ قد أذنه بتوكيل غيره صراحة وفوضه لرأيه على الإطلاق. فللموكل الرضاء بتوكيله آخر (البحر) ولأنه فوض إليه الأمر فيما يراه عاماً والتوكيل من جملة ما رآه. أما الوكيل الثاني هذا فليس له أن يوكل ثالثاً.

لكن لو وكل الوكيل غيره بقول الموكل له: على هذا الوجه (اعمل برأيك) وباع هذا الوكيل الثاني المال للوكيل الأول فلا يجوز (البحر).

ولو وكل الوكيل بالقبض آخر بالقبض بإذن موكله وقبض الوكيل الثاني وأعطاه إلى الوكيل الأول يبرأ الوكيل الثاني. حتى إن الوكيل الأول لو استهلك المبلغ المذكور لزمه الضمان ولا يلزم الوكيل الثاني أنظر المادة (١٤٦٣) وشرحها (علي أفندي).

وعليه فالوكيل الذي يوكله الوكيل بالإذن والتفويض هو وكيل للموكل وليس وكيلاً للوكيل حتى أنه لا ينعزل الوكيل الثاني ببطلان وكالة الوكيل الأول بعزله من طرف الموكل أو وفاته بمقتضى المواد (١٥٢٠، ١٥٢٩، ١٥٣٠). وينعزلان أي الوكيل الأول والثاني بموت الموكل الأول. أما إذا عزل الوكيل الأول الوكيل الثاني ينظر: فإذا كان الموكل الأول قد قال له (اصنع ما شئت) فله عزل الوكيل الثاني لأنه لما فوض له صنعه فقد رضي بصنعه وعزله من صنعه (البحر) كذلك يجوز في هذه الصورة أن يعزل الوكيل الأول الوكيل الثاني.

سواء كان الوكيل الأول حياً أو كان قد توفي «تكملة رد المحتار»

إذا قال الموكل لوكيله (وكل فلاناً) فليس للوكيل الأول عزل ذلك الوكيل لأن وكالة الوكيل الأول قد انتهت بالتوكيل وبناء عليه فقد صار منعزلاً من الوكالة بمقتضى المادة (١٥٢٦) (الأنقروي) لكن لو قال الوكيل: إصنع ما شئت: ووكل هذا الوكيل آخر فقد بين بعض الفقهاء أنه يمكنه عزله وبعضهم بين خلاف ذلك (البحر، تعليقات ابن عابدين عليه، تكملة رد المحتار)

المسألة الثانية ـ للوكيل بقبض الدين أن يوكل أمينه بقبضه، فلو قبض الثاني ذلك الدين يبرأ المدين من الدين. لأن يده كيده (البحر، وتكملة رد المحتار) وإذا تلف المبلغ المقبوض في يد الموكل الثاني بلا تعد ولا تقصير، فلا يلزم الوكيل الثاني ضمان أيضاً (علي أفندي).

فلو لم يكن في عياله فلا يصح التوكيل فلو هلك من يده كان للآمر الرجوع بدينه على المدين (تكملة رد المحتار).

المسألة الثالثة ـ للوكيل بدفع الزكاة أن يوكل غيره ثم لهذا أن يوكل آخر ثم لهذا أيضاً. وإذا أعطى هذا الوكيل الثاني الزكاة إلى مستحقيها جاز. ولا يكون موقوفاً على اجازة الموكل الأول (البحر، تكملة رد المحتار).

المسألة الرابعة ـ لو وكل الوكيل الأول الوكيل الثاني وقدر له الثمن جاز. لأن الرأي يحتاج إليه في خصوص تقدير الثمن وهذا حاصل (البحر).

مثلاً، لو أمر الوكيل بالبيع آخر ووكله ببيع المال الذي وكل ببيعه قائلاً له بعهُ بكذا درهماً يجوز ويصح بيع الوكيل الثاني.

ومع أنه ليس لأحد الوكيلين بالبيع أن يبيع وحده المال الموكل ببيعه ولو بين الموكل لهما الثمن على ما ذكر في شرح المادة (١٤٦٥)، فلو بين الوكيل الأول الثمن للوكيل الثاني نفذ بيع الوكيل الثاني بمقتضى هذه المسألة. يحتاج إلى الفرق بين المسألتين، وذلك أنه عند تقدير الثمن من الموكل لوكيله يظهر أن غرضه حصول رأيه في الزيادة واختيار المشترى. وإن لم يقدره له كان غرضه في معظم الأمر وهو لتقدير في الثمن فنقول: إذا لم يقدر الموكل له الثمن وقدره الوكيل للوكيل الثاني فقد حصل غرض الموكل فيصح عقده بغيبته. وإن قدره له فباع الثاني الثمن في غيبة الوكيل الأول لم يحصل غرض الموكل الأول وهو حصول رأي في الزيادة واختيار المشترى (تعليقات ابن عابدين على البحر، تكملة رد المحتار).

المسائل المتفرعة عن الفقرة الأولى:

أولاً ـ لو وكل الوكيل بقبض الدين أحداً بقبضه لم يكن أمينه بدون اذن. فإذا أعطى المدين الدين لهذا الوكيل الثاني ينظر: فإذا وصل الدين المقبوض للوكيل الأول برىء المدين وإلا فلا. فإن هلك المال في يد الثاني كان للغريم تضمينه. وللثاني الرجوع على الوكيل الأول (البحر، التكملة)

ثانياً ـ لو وكل غيره بشراء شيء معين واشترى الوكيل الثاني ذلك كان للوكيل الأول. حتى أن الوكيل الأول لو قال للوكيل الثاني (اشتر المال الفلاني لموكلي فلان) واشتراه الآخر بالإضافة إلى نفسه فلا يكون موقوفاً على إجازة الموكل الأول. لكونه شراء فضولياً وهو لا يتوقف (البحر)

المادة (١٤٦٧) ـ (إذا شرطت الأجرة في الوكالة وأوفاها الوكيل استحق

الأجرة، وإن لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة كان متبرعاً. فليس له أن يطالب بالأجرة)

يستحق في الإجارة الصحيحة الأجرة المسمى. وفي الفاسدة أجر المثل أنظر المادة (٥٦٢).

يتفرع على هذه المسائل الآتية:

أولاً - لو وكل أهل قرية معلومون وكيلاً لأجل تسوية أمور قريتهم ومصالحها في مقابل حنطة وشعير معلومي مقدار الثمن وقام الوكيل بتسوية المصالح المذكورة؛ أخذ الوكيل الأجرة المسمى من الأهالي (التنقيح)

ثانياً - لو وكل أحد وكيلاً بقبض وديعته التي عند فلان وشرط في مقابلها أجرة جاز، ويستحق الوكيل الأجرة إذا قبض الوديعة.

ثالثاً - لو وكل أحد آخر بالمحاكمة والمخاصمة مع آخر وبين ووقت مدة معينة للخصومة والمرافعة وقوله على أجرة كانت الاجارة صحيحة ولزم الأجر المسمى. أما إذا بقيت مدة الخصومة والمرافعة مجهولة فالاجارة فاسدة، أنظر المادة (٤٥٢).

رابعاً - إذا وكل أحد آخر بقبض الدين وشرط له أجرة وذكر وقتاً معيناً أيضاً جاز، واستحق الوكيل الأجر المسمى، وإذا لم يذكر وقتاً معيناً فلا تجوز الاجارة. (الولوالجية وتكملة رد المحتار).

لكن إذا لم يشترط في الوكالة أجرة ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة كان متبرعاً، وليس له أن يطلب أجرة. أما إذا كان ممن يخدم بالأجرة يأخذ أجر المثل ولو لم تشترط له أجرة أنظر المادة (٥٦٣).

الفصل الثاني

في بيان الوكالة بالشراء

إن الوكالة مع أنها جارية في خصوصات كالإيجارة، والاستئجار، والإعارة، والاستعارة، والرهن والقرض، فلم تبين المجلة بل بينت الوكالة بالبيع، والشراء، والخصومة فقط لكثرة احتياج الناس إليها وكثرة ما تحتوي عليه من الأحكام (تكملة رد المحتار) وقد وضحنا الآخر في شرح المادة (١٤٥٩).

المادة (١٤٦٨) - (يلزم أن يكون الموكل به معلوماً علماً يمكن معه إيفاء الوكالة على موجب الفقرة الأخيرة من المادة (١٤٥٩) وذلك بان يبين الموكل جنس ما يريد أن يشتري له، وإن كان لجنسه أنواع متفاوتة فلا يكفي بيان

الجنس فقط. بل يلزم أن يبين أيضاً نوعه أو ثمنه فإن لم يبين جنسه أو بينه لكن كانت له أنواع متفاوتة ولم يعين نوعه أو ثمنه فلا تصح الوكالة إلا أن يوكل توكيلاً عاماً. مثلاً لو وكل أحد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة وإذا أراد أن يوكله لشراء قماش للبس فيلزمه أن يبين جنسه بأن يقول حرير أو قماش قطن ونوعه بقوله هندي أو شامي، أو ثمنه، بقوله على أن يكون الثوب منه بكذا فإن لم يبين جنسه بأن قال: اشتر لي دابة، أو قماشاً، أو حريراً، ولم يبين نوعه فلا تصح الوكالة. ولكن لو قال اشتر لي قماشاً للبس أو حريراً من أي جنس ونوع كان. فذلك مفوض إلى رأيك انت الوكالة عامة وللوكيل أن يشتري من أي نوع وجنس شاء).

الجهالة في الوكالة باعتبار المتعلق على قسمين:
القسم الأول ـ تكون في المعقود عليه. يعني في المشترى والمبيع.
القسم الثاني ـ تكون في المعقود به يعني في الثمن.
القسم الاول ـ ثلاثة أنواع:
النوع الأول ـ الجهالة الفاحشة يعني جهالة الجنس
النوع الثاني ـ الجهالة اليسيرة يعني جهالة النوع.
النوع الثالث ـ الجهالة المتوسطة يعني الجهالة التي بين الجنس والنوع.
والأصل في الوكالة بالشراء كما يأتي:

الوكالة إما أن تكون عامة، أو يكون الموكل به معلوماً أي بالشخص كان قال هذا الشيء المعين. أو يكون الموكل به مجهولاً جهالة يسيرة كالتوكيل بشراء الشاة؛ والبقر، والحمار، والبغل، والفرس والوكالة في هذه الصور الثلاث صحيحة وجهالة النوع غير مانعة لصحة التوكيل ولو لم يسم الثمن: لأن التوكيل لما كان استعانة ولما كان في اشتراط عدم الجهالة اليسيرة فيما هو قائم على التوسعة حرج فاشتراط ذلك في هذا الشيء الذي قد جعل توسعه ضيق وحرج باطل أيضاً كما يظهر ذلك جلياً.

وإذا كان مجهولاً جهالة فاحشة. فلا تكون هذه الوكالة صحيحة. ولو بين الثمن. كالتوكيل في اشتراء الثوب والدابة.

وكما أنه يقصد من المعقود عليه المالية فيقصد في الدابة أيضاً أن يكون ذلك مرافقاً للسن والركوب ويختلف الجنس باعتبار هذا المرافق. فليست الوكالة جائزة مع جهالة الجنس.

ويكون مجهولاً جهالة متوسطة. فإذا ثمن المبيع أو وصفه كانت الوكالة صحيحة. لأن النوع قد علم بتقدير الثمن. وسواء خصص نوعاً لذلك الثمن أو لم يخصص. وينصرف هذا النوع إلى ما

يناسب حال الموكل. كالتوكيل بشراء قصر أو لؤلؤ.

وعليه لو بين الموكل ثمن القصر الذي سيشتري؛ أو نوعه، أو صفته، كانت هذه الجهالة ملحقة بجهالة النوع وكانت هذه الوكالة صحيحة.

لكن إذا لم يبين الثمن؛ أو الصفة مع كونه مجهولاً جهالة متوسطة كانت هذه الجهالة ملحقة بجهالة الجنس فلا تصح الوكالة، فكان جنساً واحداً من وجه دون وجه فالحقناه بالجنس الواحد عند بيان الثمن، أو الصفة والجنس المختلف إذا لم يبين أحدهما عملاً بالشبهين (تكملة رد المحتار، رد المحتار، ابن عابدين على البحر).

يلزم أن يكون الموكل به معلوماً بحيث يكون إيفاء الوكالة قابلاً على حكم الفقرة الأخيرة من مادة (١٤٥٩). لأن الموكل به إذا لم يكن معلوماً يمتنع عليه أن يصدع بأمور موكله ويقوم بالموكل به وقوله هنا الموكل به احتراز عن الثمن كما سيوضح ذلك قريباً.

إستيفاء - لا يشترط بيان جنس ونوع الموكل به في المضاربة والبضاعة وسائر الشركات. أنظر المادة (٥٤) لأن المقصود فيها هو اكتساب المالية. أما الأجناس والأنواع فهما متساويان في الاعتبار المالي (التكملة).

وعليه لو قال رب المال لآخر: خذ هذا المبلغ بضاعة أو مضاربة واشتر به شيئاً صح (الولوالجية) ولذلك على الموكل أن يبين للوكيل ما يشتريه له.

ولا تصح الوكالة إذا بين الثمن ولم يبين الجنس على ما بين في الفقرة الرابعة من هذه المادة.

وعليه لو وكل أحد آخر بأن يشتري له قماشاً أو دابة أو شيئاً آخر محتاجاً إليه بكذا درهماً فلا تصح. لأن القماش جامع لأجناس مختلفة كالجوخ، والقازمير (وهو جوخ رقيق سمي باسم صانعه) وما ماثل ذلك، ومعنى الدابة لغة: يشمل كل حيوان يمشي على الأرض، وعرفاً الفرس والبغل، والحمار ويعود ما يشتريه الوكيل بهذا التوكيل إلى نفسه.

والمراد بالجنس هو الجنس الفقهي وليس الجنس في اصطلاح أهل المنطق. وذلك كما صار إيضاحه في شرح المادة (٧٤٠) (التكملة، والبحر)

وإذا كان تحت الجنس أنواع متغايرة، فلا يكفي بيان الجنس ويلزم بيان نوعه أو ثمنه. وإذا لم يبين جنس ما يشتري وبين ثمنه أو بين جنسه وكان تحته أنواع متغايرة ولم يبين نوعه فلا تصح الوكالة بسبب الجهالة بالموكل به، ويتفرع القسم الأول من هذه الفقرة من الفقرة الثانية لهذه المادة، والقسم الثاني منها من الفقرة الثالثة، وإذا كانت الوكالة باطلة على هذا الوجه كان ما يشتريه الوكيل للوكيل نفسه. أنظر المادة (١٤٧٠) وشرحها

وعليه لو قال أحد لآخر: قد وكلتك بشراء ملك لي بنقودي، وعلى ذلك اشترى الوكيل أرضاً لموكله وجعل حجة الشراء باسم الموكل أيضاً كان ذلك غير صحيح. وكانت الأرض للوكيل.

(الأنقروي، التكملة، ابن عابدين على البحر، الطحطاوي) إلا إذا وكله الموكل وكالة عامة كان يقول له اشتر من أي جنس ونوع صح حينئذ، ويكون تصرف الوكيل للموكل أيضاً.

مثال للوكالة العامة: قد ذكرت الوكالة العامة فقرة، لكن لو قال اشتر لي قماش ثياب. . . الخ وتصح الوكالة العامة أيضاً بصورة أخرى مبينة في شرح المادة (١٤٥٦) وينفذ تصرف الوكيل فيها لموكله أيضاً وإن لم يكن الموكل به معلوماً.

مثلاً لو قال أحد لآخر وكلتك وكالة عامة واشترى الوكيل لموكله فرساً نفذ الشراء على موكله ولا يقال ان الموكل به لما لم يكن معلوماً فهو للوكيل.

مثلاً لو قال أحد لآخر: اشتر لي أفراساً أو بغالاً أو بقراً ووكله بذلك صحت الوكالة ولو لم يبين ثمنها، أو وصفها، أو كونها ذكوراً، أو إناثاً، ويلزم أن يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل. (رد المحتار) وهذا مثال لبيان الجنس.

لو وكل أحد آخر بأن يشتري له قماش ثياب، يلزم أن يبين جنسه، يعني قماش حرير، أو قماش قطن مع بيان نوعه بقوله: هندي أو شامي إذا كان لجنسه أنواع مغايرة بعضها بعضاً، أو ثمنه بقوله بأن تكون خاصة بكذا دراهم. وإلى هنا مثال للفقرة الثانية من هذه المادة. وإذا لم يبين جنسه بأن قال: اشتر لي دابة بدلاً من اشتر لي فرساً واشتر لي قماشاً بدلاً من ثياباً، فلا تصح الوكالة ولو بين الثمن: حتى ولو سلمه إلى الوكيل. وإلى هنا مثال للقسم الأول من الفقرة الرابعة بهذه المادة، والجنس عند الفقهاء هو المقول على كثيرين مختلفين في الأحكام ولا شك أن الدابة في اللغة، هي كل ما يدب على الأرض، تشمل المكلف والطاهر ونجس العين ونجس السؤر وما فيه الزكاة وما يحل بيعه إلى غير ذلك، وفي العرف ذوات الأربع وهو قريب منه وإذا جرى العرف على غير ذلك اتبع: لأن المتكلم يقصد المتعارف عنده، فالمدني إذا قال وكلتك بشراء دابة لا يقصد منها إلا الحجار، فهو كما لو سماه في بعض الجهات يريدون بالحيوان الحمار ولا يعرفون للحيوان معنى سواء (تكملة رد المحتار).

أو قال: اشتر حريراً ولم يبين ثمنه أو نوعه فلا تصح الوكالة، وهذا أيضاً مثال للقسم الثاني من الفقرة الرابعة المذكورة.

والقماش سواء ذكر مفرداً على الوجه المشروح أم ذكر بصيغة الجمع فقيل أقمشة.

ولا تصح الوكالة أيضاً على الصورتين. لأن القماش يطلق على أجناس مختلفة وبما أنه توجد أجناس كثيرة من الأقمشة متحدة في الثمن فلا تزول جهالة الجنس بتسمية الثمن، وعليه لا يكون الوكيل مقتدراً على تحصيل مقصود موكله (الولولجية).

لكن لو قال: اشتر لي قماش ثوب، أو حرير؛ أو دابة من أي جنس ونوع كان، فذلك مفوض لرأيك كانت وكالة عامة ويمكن الوكيل أن يشتري من أي نوع وجنس شاء (الهندية والتحقيق أنه إذا ذكر الثياب ونحوها من ألفاظ العموم يصح التفويض إلى الوكيل بخلاف ثوب أو

أثواب لا يظهر العموم فيها فيصير شائعاً في جنسه متفاحش الجهالة فلا يصح، (تكملة رد المحتار).

كذلك لو أعطى أحد آخر عشرة ذهبات وقال: اشتر لي بها ما تراه وتختاره، كانت الوكالة صحيحة، لأن ما يؤخذ يكون معلوماً باختيار الوكيل. (الولوالجية).

القسم الثاني ـ يعني أن الجهالة في المعقود به وفي الثمن ليست مانعة لصحة التوكيل، حتى أنه لو وكل أحد آخر ببيع ماله المعين ولم يبين له ثمناً تصح الوكالة ويجوز بيع الوكيل بالثمن الذي أراد. لأن المراد بالمعقود به اكتساب المالية. وجميع الأجناس متساوية في المالية (تكملة رد المحتار، ابن عابدين على البحر).

المادة (١٤٦٩) ـ (يختلف الجنس باختلاف الأصل أو المقصد أو الصفة. مثلاً بز القطن وبز الكتان مختلفا الجنس لاختلاف أصلهما. وصوف الشاة وجلدها مختلفا الجنس بحسب اختلاف المقصد: لأن المقصد من الجلد أعمال الجراب، ومن الصوف أعمال الخصوصات المغايرة لذلك. كنسيج الخيوط. والأبسطة. وما اشبه ذلك. وجوخ الافرنج مختلف الجنس مع جوخ الروم بحسب اختلاف الصنعة مع كون كل منهما معمولاً من الصوف).

يختلف الجنس باختلاف الأصل أو المقصد أو الصفة أيضاً وعليه فيكون اختلاف الجنس على ثلاثة أوجه:

أولها ـ باختلاف الأصل. مثلاً بز القطن وبز الكتان مختلفا الجنس لاختلاف أصلهما. وكذلك يختلف جنساً باختلاف الأصل، ما يصنع من الصوف ويصنع من شعر المعز؛ ولحم الثور والخروف والمعز، وخل الدقل (بفتحتين أردأ التمر) وخل العنب. وكذلك الحديد والرصاص الأبيض (القصدير) والشبه[1] مختلفة الجنس.

ثانيها ـ باختلاف المقصد، وصوف الشاة مختلف عن جلدها جنساً لاختلاف المقصد، لأن المقصد من الجلد أعمال الجراب ومن الصوف أعمال الخصوصات المغايرة لذلك، كصنع الخيوط ونسج البسط، كذلك صوف الخروف وشعر المعز مختلفا الجنس لاختلاف المقصد، لأن المقصد من الصوف مغايرة للمقصد من الشعر. أما لحم الشاة ولبنها، ولحم ولبن العنز، فمن جنس واحد لأنه لا اختلاف في المقصد (الدر المختار، رد المحتار).

ثالثها ـ باختلاف الصنعة، جوخ الإفرنج مختلف الجنس مع جوخ الروم بحسب اختلاف

(١) والشبه هي معدن مركب من (النحاس والتوتيا) وتصنع منه الكوانين الصفر

الصنعة مع كون كل منها معمولاً من الصوف.

كذلك تعد الأواني مختلفة الجنس ولو صنعت من جنس معدن واحد كما هو مذكور في المادة (١١٣٦) وعليه لو وكل أحد آخر ليشتري له جوخاً فيجب أن يبين من أي جوخ هل من جوخ الإفرنج أو من جوخ الروم.

المادة (١٤٧٠) ـ (إذا خالف الوكيل في الجنس، يعني لو قال الموكل: اشتر من الجنس الفلاني. واشترى الوكيل من غيره، لا يكون نافذاً في حق الموكل وإن كانت فائدة الشيء الذي اشتراه أزيد يعني يبقى المال الذي اشتراه الوكيل له ولا يكون مشترى للموكل)

الضابط الأول ـ ليس للوكيل بالشراء المخالفة في الجنس، وإن فعل فلا ينفذ في حق موكله.

الضابط الثاني ـ وإن لم يكن شراء الوكيل نافذاً على موكله في أي وقت فهو نافذ على الوكيل ولو أجاز الموكل لا يكون المشتري للموكل ولو أجاز بعد ذلك (التنقيح) لأن الأجازة تلحق العقود الموقوفة على ما هو مذكور في شرح المادة (١٤٥٣) وليس العقود النافذة. ما لم يكن الوكيل صبياً لا تعود إليه حقوق العقد ويكون الشراء حينئذ موقوفاً. أنظر المادة (١٤٥٨) وشرحها.

وعليه إذا خالف الوكيل بالشراء موكله في الجنس. يعني لو قال الموكل: اشتر من الجنس الفلاني واشترى الوكيل من غيره لا يكون نافذاً في حق الموكل وإن كانت فائدة الشيء الذي اشتراه أزيد له كما لا يبطل الشراء ولا يكون موقوفاً على اجازة الموكل، يعني يبقى المال الذي اشتراه الوكيل عينه ولا يكون مشترى للموكل.

كذلك لو قال الموكل: اشتر لحماً فاشترى الوكيل شحماً، أو قال الموكل: اشتر الية فاشترى الوكيل شحماً، فلا ينفذ في حق الموكل، كذلك بالعكس لو قال: اشتر لي شحماً فاشترى له الية. فلا ينفذ في حق الموكل (الهندية).

مخالفة الوكالة بالشراء:

ومع أن شراء الوكيل بالشراء على وجه المادة هذه غير نافذ في حق الموكل في أي وقت فهو نافذ على الوكيل، فبيع الوكيل بالبيع وإن كان غير نافذ في كل وقت فهو موقوف على اجازة الموكل. وعليه لو أجاز الموكل مع وجود الشروط التي في المادة (٣٧٨) ينفذ وإلا فلا. ويبقى المبيع ملكاً للموكل كما كان (رد المحتار، الأنقروي، الطحطاوي).

كذلك سيوضح هذا الضابط في تفريع المسائل في شرح المادة (١٤٩٥).

المادة (١٤٧١) ـ (لو قال الموكل: اشتر لي كبشاً واشترى الوكيل نعجة. لا

يكون الشراء نافذاً في حق الموكل: وتكون النعجة للوكيل).

لو قال الموكل: اشتر لي كبشاً واشترى الوكيل نعجة لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل ولو أجاز وتكون النعجة للوكيل. كذلك لو قال له؛ اشتر لي عناقاً فاشترى له جدياً فلا ينفذ في حق الموكل كما أنه لو قال: اشتر لي بغلاً ذكراً فاشترى له بغلة أو بالعكس فلا ينفذ. لكن لو قال الموكل: اشتر بغلاً ولم يقيد بكونه ذكراً أو أنثى فله أن يشتري له بغلاً أو بغلة (الهندية).

أما لو قال الموكل: اشتر لي هذا الحمل. فاشتراه له الوكيل بعد أن صار خروفاً فيكون قد اشترى للموكل أنظر المادة (٦٥)

الفرع - لو وكل أحد آخرَ على أن يشتري له بخمسة دراهم لحماً فاشترى الوكيل لحم شاة أو بقر أو ابل كان نافذاً في حق الموكل. (ولما كان لحم الإبل في بلادنا غير متعارف فإذا اشترى لحم ابل كان له كما هو الآتي).

وفي هذه الصورة لو اشترى الوكيل الشاة المسلوخة كان نافذاً في حق الموكل. ما لم يكن الموكل قد سمى ثمناً قليلاً وهذا الشراء لا ينفذ في حق الموكل.

وإذا كان الموكل غريباً وعلى سفر فينصرف التوكيل إلى المطبوخ والمستوي لا إلى القديد ولحم الطيور والوحوش والشاة الحية أو المذبوحة غير المسلوخة (البحر، الهندية).

المادة (١٤٧٢) - (لو قال للوكيل: اشتر لي العرصة الفلانية وقد أُنشِئ على العرصة بناء فليس للوكيل أن يشتريها ولكن لو قال: اشتر لي الدار الفلانية ثم أضيف إليها حائط أو صبغت فللوكيل أن يشتريها بالوكالة على هذا الحال).

ضابط: إذا تغير أو تبدل الموكل به بصورة موجبة لتبدل اسمه ينعزل الوكيل عن الوكالة (الهندية)

عدة مسائل متفرعة عن ذلك:

المسألة الأولى - لو قال الموكل: للوكيل اشتر لي العرصة الفلانية وأنشيء على العرصة أبنية. فلا يمكن للوكيل أن يشتريها بعد ذلك بالوكالة السابقة لأنها حين التوكيل كانت عرصة فصارت بعده داراً وتبدل اسمها. فإن اشتراها فلا تنفذ في حق الموكل وتبقى للوكيل أنظر شرح المادتين (١٤٥٣ و١٤٧٠).

المسألة الثانية - لو قال الموكل: (اشتر لي هذه الأرض) وبعد أن غرس في الأرض المذكورة أشجار وأصبحت في حال بستان وكرم. فليس للوكيل أخذها بالوكالة (الهندية*)

المسألة الثالثة - لو وكل أحد آخر قائلاً: بع طليع النخل الفلاني أو اشترِه فصار الطليع قبل

البيع والشراء بسراً، أو رطباً، أو تمراً كانت الوكالة باطلة. لأن الاسم قد تغير.

فلذلك لو وكل أحد آخر بشراء البسرَ فرطب بعض البسر تبطل الوكالة في البيع والشراء في حق الرطب وتبقى الوكالة في حق البسر ـ لأنه إذا كان البسر الرطب قليلاً كاثنتين أو ثلاثة تبقى الوكالة صحيحة في الكل.

كذلك لو وقع التوكيل بالبيع والشراء على الرطب وتحول الرطب إلى تمر تبقى الوكالة استحساناً.

المسألة الرابعة ـ لو قال **الموكل** للوكيل: اشتر العنب الفلاني فليس للوكيل شراء ذلك العنب بعد أن يصبح زبيباً (الهندية).

ولكن لو **قال**: اشتر لي الدار الفلانية فشيدت تلك الدار أو أضيف إليها حائط أو صبغت، فللوكيل أن يشتريها بالوكالة على هذا الحال.

المادة (١٤٧٣) ـ (لو قال الموكل: اشتر لي لبناً، ولم يصرح بكونه أي لبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة).

لو قال الموكل، اشتر لبناً، أو سمناً، ولم يصرح بكونه أي لبن أو أي سمن يحمل على اللبن أو السمن المعروف في البلد يعني إذا كان لبن الشياة أو سمنها معروفاً في البلد صرف إليه وإذا كان لبن البقر أو سمنها معروفاً صرف إليه. ووجب على الوكيل أن يشتري من المعروف. وفي هذه الصورة لو اشترى الذي وكل بشراء اللبن في استانبول لبن أتان فلا ينفع في حق الموكل أما إذا كان لبن الشياة ولبن البقر معروفين معاً فايهما جاز ويكون قد أخذ للموكل أنظر المادة (٤٥).

كذلك لو قال الموكل، اشتر لي فاكهة ولم يصرح بكونها أي نوع. تحمل على الفاكهة التي تباع في السوق.

أما لو قال الموكل؛ اشتر لي بيضاً فإنما للوكيل أن يشتري بيض دجاج (الهندية).

المادة (١٤٧٤) ـ (لو قال الموكل: اشتر أرزاً فللوكيل أن يشتري من الأرز الذي يباع في السوق أي نوع كان).

أما لو عين نوعاً من الأرز واشترى الوكيل غيره فلا ينفذ في حق الموكل.

المادة (١٤٧٥) ـ (لو وكل أحد آخر على أن يشتري له داراً. يلزم أن يبين ثمنها والحي التي هي فيه. وإلا لم تصح الوكالة)

لو وكل أحد آخر بشراء دار له. يلزم أن يبين ثمنها والحي التي هي فيه. فإن فعل كانت الوكالة صحيحة سواء أكان ذلك الثمن قد خصص بالدار. يعني إذا كان في الإمكان شراء نوع واحد فقط بذلك الثمن أم لم يخصص أيَ إذا كان في الإمكان أن يشتري بهذا النوع من الثمن أنواعاً من الدور.

وعليه لو قال الموكل: اشتر لي في الحي الفلاني داراً بعشرة آلاف درهم فاشترى الوكيل داراً بثمانية آلاف فإن كانت قيمة الدار ألف درهم نفذ في حق الموكل وإلا ففي حق الوكيل. أنظر المادة (١٤٧٩) وشرحها (الهندية، البحر).

وإذا لم يبين الحي والثمن فلا تصح الوكالة على ما هو مبين في الهداية ويبقى المشترى للوكيل. أنظر المادة (١٤٦٨) وشرحها.

لأنه لما كانت الدار تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والبلدان ويوجد في كل حي دار بهذا الثمن وما لم تبين هذه الأشياء تعذر على الوكيل امتثال أمر الموكل. والدار أيضاً من الجنس والنوع لأنها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فإن بن الثمن يلحق بجهالة النوع وإن لم يبين يلحق بجهالة الجنس وعلى تقرير المتأخرين يشترط بيان المحلة لأنها تختلف باختلاف المحال (تكملة رد المحتار).

مثلاً لو قال الموكل خذ لي داراً بمائة دينار فلا تصح الوكالة.

وعند الفريق الآخر من الفقهاء أن الوكالة صحيحة أيضاً ولو لم يبين محلة الدار ويتعين البلد الذي يكون فيه الموكل ألا ترى أن المجلة قد قبلت قول الهداية. وكله بشراء دار ببلخ فاشترى خارجها، ان كان الموكل من أهل البلد لا يجوز وإن كان من أهل الرستاق جاز (البحر)

المادة (١٤٧٦) - (لو وكل أحد آخر أن يشتري لؤلؤة أو ياقوتة حمراء يلزم أن يبين مقدار ثمنها وإلا فلا تصح الوكالة).

لأن التفاوت بين لؤلؤتين أكثر من التفاوت بين نوعين مختلفين، وعليه إذا لم يبين ثمنها فلا تصح الوكالة وتكون اللؤلؤة التي يشتريها الوكيل له نفسه (البحر، الهندية).

المادة (١٤٧٧) - (يلزم بيان مقدار الموكل به في المقدرات أو ثمنه. مثلاً لو وكل أحد آخر ليشتري له حنطة يلزم أن يبين مقدار كيلها أو ثمنها بقوله بكذا دراهم وإلا فلا تصح الوكالة).

يلزم بيان مقدار الموكل به في المقدرات[1] أو ثمنه أي بيان أحدهما. فإذا بين المقدار فقط

(١) وهو الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات

تصح الوكالة ولو لم يبين الثمن كما أنه لو بين الثمن تصح الوكالة ولو لم يبين المقدار (تكملة رد المحتار).

مثلاً لو وكل أحد آخر ليشتري له حنطة يلزم أن يبين مقدار كيلها أو ثمنها بقوله بكذا دراهم وإلا فلا تصح الوكالة. فإن بين كانت الوكالة صحيحة وتعين البلد الذي يكون الموكل فيه وإذا كان الوكيل يريد أن يشتري حنطة لزم أن يشتريها في البلد الذي يكون فيه الموكل (الطحطاوي).

وليس الترديد بلفظ (أو) قيداً احترازياً. وعليه إذا بين الموكل المقدار والثمن معاً بأن قال: اشتر كذا كيلة حنطة بكذا درهماً تصح الوكالة أيضاً بالأحرى ويكون المشترى للموكل.

إلا أنه لا يمكن الوكيل أن يشتريه بأزيد من الثمن الذي عينه موكله أنظر المادة (١٤٧٩)

وإذا بين الموكل فيما تنقسم فيه أجزاء المثمن كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة المقدار والثمن معاً: مثلاً إذا قال، اشتر عشر أوقيات من اللحم بخمسين درهماً، فاشترى الوكيل عشر أوقيات ونصفاً بخمسين درهماً كان جميع المشترى للموكل. لأن هذه الزيادة لما كانت يسيرة تدخل تحت الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة.

أما لو اشترى الوكيل في هذه الصورة بزيادة كثيرة كعشرين أوقية من اللحم بخمسين درهماً باعتبار كل اوقية بخمسة دراهم يصح عند الإمام في حق الموكل نصف الثمن يعني يصح في حقه خمسة وعشرين درهماً ويكون الباقي للوكيل. خلافاً لهما فعندهما تلزمه العشرون بذلك المبلغ لأنه فعل المأمور به وزاد خيراً.

لأن الموكل كما أمر باشتراء هذا المقدار كان هذا المقدار نافذاً في حق الموكل فقط. أما الزيادة فبما أنه لم يأمر بشرائها تنفذ على الوكيل.

قيل كل اوقية بخمسة دراهم، لأنه لو اشترى عشرين اوقية من اللحم التي تباع الأوقية منه بدرهمين ونصف فلا ينفذ مقداراً منه في حق الموكل كان جميعه للوكيل. لأن أمر الموكل لما كان يتناول اللحم السمين ويكون الوكيل بشراء المهزول قد خالف أمره إلى شر ولم يحصل مقصود الموكل.

ويختص هذا الحكم بشراء المثليات كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب التي تنقسم فيها أجزاء الثمن على أجزاء المثمن ولا يجري في القيميات.

فلو قال الموكل، اشتر ثوباً من الحرير الشامي بمائة درهم فاشترى الوكيل ثوبين من الحرير الشامي الذي يساوي كل ثوب منهما مائة درهم معاً بمائة درهم ينفذ واحد منهما في حق الآمر. لأن ثمن كل ثوب مجهول. وإنما يعلم بالجزر أي بالتقدير والتخمين مع أن المرجح مفقود، لو وكل أحد آخر باشتراء ثوب فإن سمى له ثمناً لم يلزم الآمر، وإن نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر أيضاً، فإن وصف له صفة وسمى له ثمناً فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الآمر (تكملة رد المحتار)

وإذا لم يبين الموكل مقدار الموكل به أو ثمنه بل إنما قال له: اشتر حنطة. فلا تصح الوكالة وعليه تعود الحنطة المشتراة إلى الموكل. (البحر، الطحطاوي)

المادة (١٤٧٨) - (لا يلزم بيان وصف الموكل به بقوله مثلاً: أعلا أو أدنى أو أوسط: ولكن يلزم أن يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل. مثلاً لو وكل المكاري أحداً باشتراء دابة له. فليس للوكيل إن يشتري بعشرين ألف درهم فرساً نجدياً وإن اشترى لا يكون نافذاً في حق الموكل. يعني لا يكون ذلك الفرس مشترى للموكل وإنما يبقى للوكيل)

يلزم استحساناً بيان وصف الموكل به لأجل صحة الوكالة. يعني جهالة الصفة ليست مفسدة للوكالة. لأن الوكالة لما كانت استعانة ومبينة على التوسعة وفي اشتراط الوصف بعض الحرج فقد دفع ذلك أنظر المادة (١٧) (البحر) ويكون وصف الموكل به معلوماً بدلالة حال الموكل، وكذا أي تصح إذا سمى نوع الدابة بأن قال حماراً: يصح التوكيل بشراء الحمار وإن لم يسم الثمن. لأن الجنس صار معلوماً بالتسمية وإنما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن. وإن كانت الحمير أنواعاً منها للركوب ومنها للحمل فإن هذا اختلاف في الوصف وذلك لا يضر مع أن ذلك يصير معلوماً حال الموكل (تكملة رد المحتار).

مثلاً لا يلزم بيان الوصف بقوله: أعلا، أو أوسط، أو أدنى، إلا أنه إذا لم يبين وصف الموكل به تصح الوكالة. ويلزم أن يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل. لأن الوكالة مقيدة بحال الموكل دلالة. وإذا وجد دليل التقييد نصاً أو دلالة تخرج من الإطلاق وتجري على التقييد. أنظر المادة (٦٤).

مثلاً لو وكل المكاري أحداً بشراء فرس له. فليس للوكيل أن يشتري بعشرين ألف درهم فرساً نجدياً. لأن الموكل لما كان مكارياً فالفرس النجدي لا يوافق حاله. حتى أنه لو أخذه بعشرين ألف فلا ينفذ في حق الموكل. يعني أن هذا الفرس لا يكون قد اشترى للموكل بل يبقى للوكيل. وكذا البقر

كذلك لو وكل من يحمل على الحمر حجارة وتراباً للأبنية أحداً ليشتري له حماراً فليس له أن يشتري له حماراً مصرياً بأربعين ديناراً وإن اشترى فلا ينفذ في حق الموكل ويكون ذلك الحمار للوكيل أنظر شرح المادة (١٤٦٨) (البحر، الهندية).

حتى قالوا: إن القاضي إذا أمر انساناً بأن يشتري له حماراً ينصرف إلى ما يركب مثله، حتى لو اشترى مقطوع الذنب أو الإذنين لا يجوز عليه (تكملة رد المحتار) قيد بالفرس والبغل للاختلاف في الشاة فمنهم من جعلها من هذا القبيل وفي التجريد جعلها من المتوسط وجزم به في الجوهرة فقال. الوكالة باطلة وما اشتراه للوكيل فهو لنفسه (البحر)

فرع ـ لو قال الموكل: اشتر لي فرساً فاشترى الوكيل مهراً أو فرساً أعرج فلا ينفذ في حق الموكل.

المادة (١٤٧٩) ـ (إذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته، فإن خالف لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى المال الذي اشتراه له، ولكن اذا خالف بصورة فائدتها أزيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة معنى، مثلاً لو قال أحد: اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف واشتراها الوكيل بأزيد فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل وتبقى الدار له. وأما إذا اشتراها بأنقص يكون قد اشتراها للموكل، كذلك لو قال: اشتر نسيئة واشترى الوكيل نقداً يبقى المال للوكيل وأما لو قال الموكل: اشتر نقداً واشترى الوكيل نسيئة: فيكون قد اشتراه للموكل).

إذا قيدت الوكالة فليس للوكيل المخالفة في الجنس على الإطلاق وفي القدر والوصف إلى شر سواء أكان ذلك العقد راجعاً إلى الثمن أم إلى المشترى وقد ذكر في شرح المادة (١٤٥٦) أن هذه المادة التي نحن في صددها فرع من المادة المذكورة.

وإن خالف فلا ينفذ شراؤه في حق الموكل ويبقى المال الذي اشتراه له.

وعليه إذا كانت المخالفة في الجنس فلا ينفذ الشراء في حق الموكل وإن كان أفيد في حقه ويبقى المشترى للوكيل. مسائل متفرعة من هذا:

المسألة الأولى ـ لو قال الموكل: اشتر لي الشيء الفلاني بعشرة دنانير فاشترى الوكيل له ذلك الشيء بعرض قيمته عشرة دنانير فلا ينفذ في حق الموكل بالإجماع ويكون للوكيل وإن اشتراه بدراهم بقيمة عشرة دنانير فلا ينفذ عند الإمام محمد والإمام زفر في حق الموكل أيضاً ويبقى مالاً للوكيل (الهندية). إذ قد يكون غرضه في الدراهم (تكملة رد المحتار).

بخلاف العلماء الآخرين فيذهبون إلى أنه ينفذ في حق الموكل. أمره بأن يشتريه بعشرة دنانير فاشتراه بمائة درهم قيمتها مثل الدنانير لزم الموكل خلافاً لمحمد وزفر (تكملة رد المحتار).

المسألة الثانية ـ ليس للوكيل بقبض الدين أن يستوفي الدين بشراء مال في مقابل الدين المذكور أو بخلاف جنس الدين. أنظر شرح المادة (١٤٥٩).

المسألة الثالثة ـ إذا أجر بدنانير الوكيل بالإيجار بدراهم فلا يصح.

المسألة الرابعة ـ إذا صالح على ألف درهم ذهباً الوكيل بالصلح على ألف درهم فلا ينفذ في حق الموكل.

ستذكر في شرح المادة (١٥٥٩) التفصيلات المتعلقة بهذه المسائل.

لكن إذا خالف إلى ما هو في حق الموكل في القدر أو الوصف فلا يصير ذلك مخالفة معنى أما إذا لم يخالف إلى ما هو أفيد بل إلى ما هو مضر فلا ينفذ في حق الموكل

أنواع المخالفة الستة:

الخلاصة - المخالفة ستة أنواع:

١ - المخالفة إلى خير في الجنس
٢ - المخالفة إلى شر في الجنس
٣ - المخالفة إلى شر في القدر

هذه المخالفات جائزة ولا ينفذ بها تصرف الوكيل في حق الموكل.

٤ - المخالفة إلى شر في الوصف
٥ - المخالفة إلى خير في القدر
٦ - المخالفة إلى خير في الوصف

وهاتان المخالفتان جائزتان وينفذ بهما تصرف الوكيل. في حق الموكل.

أمثلة للصور الست:

مثال للصورة الأولى. إذا قال الموكل: اشتر لي هذا المال بعشرة دنانير فاشتراه الوكيل بثمانين درهم فلا ينفذ في حق الموكل.

مثال للصورة الثانية. لو قال الموكل: اشتر لي هذا المال بخمسين ريالاً مجيدياً فاشتراه الوكيل بعشرين ذهبة فلا ينفذ في حق الموكل.

مثال للصورة الثالثة. لو قال شخص لآخر: اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف درهم فاشترى الوكيل تلك الدار بأزيد ولو كانت الزيادة قليلة كدرهم واحد فلا ينفذ الشراء في حق الموكل وتبقى تلك الدار له. وإذا اختلف الموكل والوكيل فقال الموكل، إني قد أمرتك بقولي. اشتر بألف درهم وأنت اشتريته بعشرة آلاف وقال الوكيل: قد أمرت بأن اشتري بعشرة آلاف. فالقول مع اليمين للآمر والموكل. لأن الآمر فيه يستفاد منه ويلزم المشترى المأمور لمخالفته.

وإذا أقام كلاهما رجحت بينة الوكيل لكثرتها (تكملة رد المحتار).

مثال للصورة الرابعة: لو قال الموكل اشتر بخيار الشرط واشترى الوكيل بلا خيار فلا ينفذ في حق الموكل ويبقى المال المشترى للوكيل (الأنقروي).

كذلك إذا عين الموكل ثمن المشترى كدار غير معينة وفرس ولحم غير معنيين، واشترى الوكيل ذلك بأقل من الثمن المعين ولم تكن قيمة المشترى تساوي الثمن فلا يكون نافذاً في حق الموكل ويكون عائداً للوكيل.

وعليه لو قال الموكل: اشتر لي في الحي الفلاني داراً بعشرة آلاف درهم، فاشترى الوكيل في ذلك الحي داراً قيمتها ثمانية آلاف درهم بثمانية آلاف درهم فلا ينفذ في حق الموكل.

وكذا لو قال الموكل: اشتر لي فرساً بألف درهم، فاشترى له فرساً قيمته ثمانمائة درهم فلا ينفذ في حق الموكل.

وكذا لو قال الموكل: إشتر لي بعشرة دراهم أوقيتين لحماً، فاشترى بسعر أقل من عشرة دراهم ثلاث أوقيات فلا ينفذ في حق الموكل ويكون اللحم للوكيل. أنظر شرح المادة (١٤٧٧). لأنه خلاف إلى شر لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر (البحر، الهندية).

مثال للصورة: أما لو قال الموكل: اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف درهم واشترى الوكيل بأقل من عشرة آلاف فيكون قد اشترى للموكل. وقد عينت الدار التي ستشرى (بقيد الفلانية)

لأنه إذا لم تعين كقولك (اشتر لي داراً في الحي الفلاني بعشرة آلاف درهم) واشترى الوكيل داراً في ذلك الحي بأقل من عشرة آلاف درهم فإذا كانت قيمة تلك الدار عشرة آلاف درهم نفذ لشراء في حق الموكل. أما إذا كانت قيمتها أقل من عشرة آلاف درهم فلا ينفذ في حق الموكل. هذه المسألة الأخيرة تكون مثالاً للصورة الرابعة (الهندية، البحر بزيادة) وقد مر توضيح ذلك في شرح المادة (١٤٧٧).

مثال آخر للصورة الرابعة. كذلك لو قال الموكل، اشتر نسيئة فاشترى نقداً بقي المال للوكيل.

مثال للصورة السادسة. أما لو قال الموكل، اشتر نقداً فأخذ الوكيل نسيئة فيكون قد اشتراه للموكل لأن المبيع في هذه الصورة قد حصل للمشتري والموكل ولم يزل الثمن من ملكه (الولوالجية) أنظر شرح المادة (١٤٥٦).

فروع:

لو وكل الموكل أحداً ليشتري له مالاً غير معين من القيميات وعين له ثمنه فاشترى الوكيل من ذلك المال شيئين بذلك الثمن فلا ينفذ واحد منهما في حق الموكل ويبقى للوكيل (البحر).

مثلاً لو قال الموكل، اشتر لي ثوباً من الحرير بمائة درهم فاشترى الوكيل ثوبين كلاً منهما بمائة درهم فلا ينفذ شراء أحدهما في حق الموكل ويبقى الإثنان للوكيل.

أما إذا كان ذلك المال مثلياً أي لو قال الموكل: اشتر لي عشر كيلات حنطة من أعلا جنس بعشرة ريالات، واشترى الوكيل عشرين كيلة حنطة من أعلى جنس بعشرة ريالات، كانت خمس كيلات حنطة للموكل بخمسة ريالات والباقي للموكل.

كذلك إذا كان القيمي مالاً معيناً أي (لو قال الموكل: اشتر لي هذا الثوب من الحرير بمائة درهم) فاشترى الوكيل ثوباً مع ذلك الثوب أي لو اشترى ثوبين بمائة درهم كان الثوب الذي عينه الموكل له بحصته من الثمن (الهندية، البحر) أنظر شرح المادة (١٤٧٩).

المادة (١٤٨٠) - (إذا اشترى أحد نصف الشيء الذي وكل باشترائه فإن كان تبعيض ذلك الشيء مضراً لا يكون نافذاً في حق الموكل وألا ينفذ. مثلاً لو قال: اشتر لي طاقة قماش واشترى الوكيل نصفها لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى ذلك للوكيل أما لو قال: اشتر ست كيلات حنطة واشترى ثلاثاً يكون قد اشتراها للموكل).

إذا وكل بشراء شيء أكان معيناً «كما في التوكيل بشراء شيء معين» أم غير معين لعدم تعريفه وتوصيفه تصح الوكالة وسواء أسمِّي ثمن أم لا فالحكم واحد.

وإن اشترى نصفه وكان في تبعيض ذلك الشيء ضرر كأن كان واحداً قيمياً وكان التبعيض موروثاً عيباً. يتوقف شراء النصف هذا على شراء النصف الآخر قبل الخصومة بمثل قيمته أو بغبن يسير أما إذا لم يشتر الوكيل الباقي واشترى الموكل ذلك النصف بعد شراء الوكيل فلا ينفذ شراء الوكيل على الموكل. كما أنه لو اشترى النصف الباقي المذكور فلا يجوز في حق الموكل.

لكن لو اشترى الموكل نصفه واشترى الوكيل بعد ذلك النصف الباقي. كان هذا الشراء نافذاً على الموكل (تكملة رد المحتار). فإن استحق النصف الذي اشتراه الموكل أولاً كان له أن يرد الباقي لأن شراء الوكيل كشراء الموكل (الخانية).

وعلى هذا التقدير إذا اشترى الوكيل النصف الآخر قبل الخصومة بمثل قيمته أو بغبن يسير كان كله نافذاً في حق الموكل. لأن ضرر الشركة بما أنه قد زال في هذه الحال النفاذ الممنوع أيضاً. أنظر المادة (الـ ٢٤).

وإذا لم يشتر الوكيل النصف الآخر على الوجه المشروح فلا يكون نافذاً في حق الموكل، هذا إذا لم يكن في تبعيض ذلك ضرر كأن يكون في حق المثليات أو من القيميات المتعددة يكون نافذاً على كل حال. لأن التوكيل مطلق، والمطلق يجب أن يجري على اطلاقه ولا يمكن للوكيل أخذه جملة، وهو مخير على أخذه متفرقاً ويكون شراء البعض أحياناً وسيلة للامتثال.

فلو كان موزوناً مشتركاً بين جماعة. تمس الحاجة إلى شرائه قطعة قطعة، (البحر، الدر المنتقى).

أمثلة لما في تبعيضه ضرر:

١ - مثلاً لو قال الموكل: اشتر لي طاقة قماش؛ واشترى الوكيل نصفها لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى ذلك للوكيل، (رد المحتار).

لأن في التبعيض ضرراً للموكل: لأن للموكل عدة مقاصد كعمل ثياب من طاقة القماش وهذا لا يحصل من نصف طاقة.

٣ ـ لو قال الموكل: اشتر الفرس الفلاني اشترى الوكيل نصف ذلك الفرس فلا ينفذ في حق الموكل ويبقى للوكيل. وإذا اشترى الوكيل قبل الخصومة والمرافعة نصف الفرس الآخر. كان نافذاً في حق الموكل. أما لو حكم القاضي ولما يشتر الوكيل الباقي بناء على ادعاء الموكل ببقاء ذلك النصف على الوكيل واشترى الوكيل بعد ذلك الباقي المذكور كان للوكيل أيضاً. (الهندية).

أمثلة لما ليس في تبعيضه ضرر.

١ ـ أما لو قال: اشتر ست كيلات حنطة، أو شعيراً، واشترى وكيله ثلاث كيلات؛ تكون قد اشتريت للموكل. وعليه لا يتوقف شراؤها على شراء الباقي قبل الخصومة (الهندية).

٢ ـ لو وكل أحد آخر بشراء شيئين قيميين معينين بدون تسمية ثمن، واشترى الوكيل بعدئذ أحدهما بقيمته المثلية أو بغبن يسير يصح وينفذ على الموكل. لأن التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين فيجري على اطلاقه (تكملة رد المحتار)

أما إذا اشتراه بغبن فاحش كان مالاً للوكيل. إذ ليس لوكيل الشراء بغبن فاحش اجماعاً بخلاف وكيل البيع (الدر المختار، الهندية، رد المحتار).

الغبن اليسير، ما يدخل تحت تقويم المقومين، ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش. لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لأنه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لا يقع في مثله عادة إلا عمداً وقيل حد الفاحش ما مر في المادة (١٦٥) (تكملة رد الحتار).

لو أمر أحد آخر بأن يشتري له داراً بألف درهم، فاشترى له نصف دار شركة بينه وبين آخر بخمسمائة درهم، فتكون قد اشتريت للموكل. لأن النصف لما كان للموكل أصلاً فلا يضر به شراء النصف الآخر له. (الولواجية، الهندية).

٤ ـ لو اشترى الموكل بنفسه نصف الدار التي وكل آخر بشرائها له، واشترى الوكيل بعدئذ النصف الآخر حسب الوكالة ينفذ الشراء في حق الموكل، لأن الموكل لما اشترى النصف أولاً فقد انتهت وكالة الوكيل في ذلك النصف بناء على المادة (١٥٢٦). وبقيت وكالته في النصف الآخر. وليس من ضرر بشراء هذا الباقي للموكل (الولواجية، الهندية بزيادة).

أما لو اشترى الوكيل بشراء دار معينة نصفها واشترى الموكل بعد ذلك نصفها الآخر فما اشتراه الوكيل فهو له وليس للموكل.

٥ ـ لو وكل أحد آخر بشراء شيئين معينين قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر وسمى لهما ثمناً؛ فاشترى ذلك الشخص واحداً من ذينك الشيئين بحصته من الثمن الذي سماه الموكل أو أقل منها، كان نافذاً في حق الموكل. لأنه قد عين حينئذ ثمناً لذينك المتساويين قيمة ويقسم الثمن دلالة على شيئين وبما أنه يعتبر أنه قد أمر بشراء كل منهما بنصف الثمن المسمى والشراء بحصته من الثمن موافق لأمر الموكل وشراؤه بأقل مخالفة إلى خير وشراؤه بأكثر مخالفة إلى شر، (البحر).

وعليه لو اشتراه بأكثر ولو كان ذلك قليلاً فلا ينفذ في حق الموكل. ما لم يشتر الوكيل الشيء الثاني منهما أيضاً قبل الخصومة بالثمن الباقي. وحينئذ ينفذ الإثنان في حق الموكل استحساناً. لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل الفرسين وما يثبت الانقسام إلا دلالة والصريح بقولها، (البحر) أما إذا اختصما وفسخ العقد فلا يعود صحيحاً؛ لأن المفسوخ لا يرجع الجواز (تكملة رد المحتار).

مثلاً لو وكل أحد آخر بشراء فرسين متساويين قيمة بقوله: (اشتر لي هاتين الفرسين) واشترى الوكيل إحدى تينك الفرسين فقط بخمسمائة درهم فلا ينفذ في حق الموكل. ما لم يشتر الوكيل الفرس الثاني بأربعمائة درهم قبل الدعوى. ويكون الفرسان حينئذ للموكل (رد المحتار).

٦ ـ لو قال الموكل: (اشتر لي هاتين الفرسين بألف وخمسمائة) وكانت إحداهما تساوي قيمتها ألف درهم والثانية خمسمائة درهم واشترى الوكيل أغلا الفرسين بألف درهم أو أقل ينفذ في حق الموكل. أما إذا اشتراه بألف وخمسين درهماً فلا ينفذ ما لم يشتر الوكيل الفرس الآخر قبل الخصومة بأربعمائة وخمسين درهماً وينفذ حينئذ في حق الموكل (الهندية).

ونظير هذه المادة في الوكالة بالبيع هي المادة (١٤٩٩).

المادة (١٤٨١) ـ (إذا قال الموكل: اشتر لي جوخ جبة ولم يكن الجوخ الذي اشتراه الوكيل كافياً للجبة لا يكون شراؤه نافذاً ويبقى الجوخ له).

كذلك لو قال: اشتر قماشاً لقميصي ولم يكن القماش الذي اشتراه الوكيل كافياً لا ينفذ الشراء الواقع في حق الموكل. ما لم يكن النقصان يسيراً (الهندية، الأنقروي).

هذه المادة من فروع مادتي (الـ ١٤٧٩ و ١٤٥٦) لأن الوكالة هنا مقيدة بقيد وشرط الجبة.

المادة (١٤٨٢) ـ (كما يصح للوكيل بشراء شيء بدون بيان قيمته أن يشتري ذلك الشيء بقيمة مثله كذلك يصح له أن يشتريه بغبن يسير. ولكن لا يعفى الغبن اليسير أيضاً في الأشياء التي سعرها معين كاللحم، والخبز، وأما إذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته).

سواء أكان معيناً أم غير معين فالوكيل بشراء شيء بعينه لا يكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وإن كان لا يملك شراءه لنفسه، لأنه بالمخالفة فيه يكون مشترياً لنفسه فكانت التهمة فيه باقية، (تكملة رد المحتار)

إذا بين ثمنه فقد مر حكم ذلك في المادة (١٤٩٧)

وكما أن للوكيل أن يشتري ذلك الشيء بقيمته المثلية (والمراد به أن يشتري بنقد مثل القيمة فلا ينفذ بغير النقدين كمكيل وموزون ودين في الذمة) فله أن يشتريه بغبن يسير أيضاً، يعني أن الشراء في هاتين الصورتين نافذ في حق الموكل. ومع أن الشراء بغبن فاحش لا يجوز في حق الموكل على ما هو مبين في الآتي فقد جاز الشراء مع الغبن اليسير. لأنه لما لم يمكن التحرز عن الغبن اليسير فقد جعل معفواً عنه؛ ألا ترى أن الغبن اليسير معفو عنه في تصرف أب الصغير ووصيه في مال الصغير! وقد بين الغبن اليسير مع الغبن الفاحش في شرح المادة (١٦٥) (مجمع الأنهر).

وتعبير (قيمته المثلية) التي في هذه الفقرة من المتن للاحتراز عن الغبن الفاحش الذي سيذكر في الفقرة الثالثة الآتية. وليس للاحتراز عن الشراء بأقل من القيمة المثلية، قيد بالشراء لأن الوكيل بالنكاح إذا زوجه بأكثر من مهر مثلها فأنه يجوز لعدم التهمة كما في الحموي (تكملة رد المحتار)

لكن لا يعفى الغبن اليسير مهما كان قليلاً في الأشياء التي يكون سعرها وقيمتها معروفين بين الناس ومعينين، (البحر).

لأن المعروف كالمشروط. أنظر المادة (٤٣) وعليه لا تقبل الزيادة في هذا (تكملة رد المحتار)، عليه يكون الشراء المذكور نافذا في حق الوكيل (رد المحتار).

أما إذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ في حق الموكل في كل حال أي سواء أكان ما وكل به معيناً (كما في الوكالة بشراء شيء معين) أم لم يكن وسواء أكان السعر والقيمة معلومين أم لا، ويبقى المال للوكيل وإذا كان قد أعطى ثمنه من مال الموكل ضمن الوكيل ذلك الثمن لموكله. (رد المحتار).

لأن الوكيل في هذا متهم بكونه قد اشترى ذلك المال لنفسه ولكنه لما علم أنه قد أخذ فكر بتركه للموكل ببيان كونه قد اشتراه له، (البحر، الولواجية).

لو رضي الموكل مؤخراً بالمال الذي اشتراه الوكيل بغبن فاحش مع كونه له وقبل بالمشتري فلا يكون للموكل كما يستفاد من شرح المادة (الـ ١٤٥٣).

سؤال ـ بما أن الوكيل بشراء شيء معين لا يكون قد اشتراه لنفسه بمقتضى المادة (١٤٨٥) فلا تهمة في ذلك عليه يلزم أن يكون للموكل ولو اشتراه بغبن فاحش.

الجواب ـ بما أن الوكيل يكون في حال الشراء بغبن فاحش مخالفاً فتكون تهمة اشترائه لنفسه باقية (البحر)

وقوله في هذه الفقرة إذا اشتراه ليس احترازاً عن التفرغ. وعليه لو تفرغ الوكيل بالتفرغ بعقار لوقف ذي اجارتين دون أن يعين الموكل له بدلاً في مقابل بدل زائد زيادة فاحشة عن بدل مثله فلا ينفذ في حق الموكل.

وإذا لزم العلم بثمن مثل شيء. يعلم باخبار أهل الوقوف الخالين عن الغرض. (علي أفندي)

المادة (١٤٨٣) ـ (الاشتراء على الإطلاق يصرف للشراء بالنقود، وبهذه الصورة الوكيل بشراء شيء إذا بادله بشيء مقايضة لا ينفذ في حق الموكل ويبقى للوكيل).

الاشتراء على الإطلاق من دون ذكر نقود أو غيرها يصرف للتوكيل بالشراء بالنقود.

لأن المعروف هو هذا. أنظر المادة (٤٣) وفي هذا الحال الوكيل بشراء شيء إذا بادله بشيء من القيميات أو المثليات كالمكيلات والموزونات مقايضة لا ينفذ في حق الموكل ويبقى للوكيل (الهندية) أما لو وكله بشراءمال بغير النقود لزم أن يشتريه بذلك المال. فلو قال مثلاً: اشتر فرس فلان ببغلك وقايض الوكيل على ذلك الفرس ببغله واشتراه كان الفرس للموكل وعلى الموكل اعطاء قيمة البغل لوكيله (الولوالجية).

المادة (١٤٨٤) ـ (إذا وكل أحد آخر بشراء شيء لازم لموسم معين تصرف الوكالة لذلك الموسم أيضاً. مثلاً: لو وكل أحد آخر في موسم الربيع على اشتراء جبة شالية، يكون قد وكله لاشتراء جبة على أن يستعملها في هذا الصيف فإذا اشتراها الوكيل بعد مرور موسم الصيف أو في ربيع السنة الآتية لا ينفذ شراؤه في حق الموكل وتبقى الجبة للوكيل).

إذا وكل أحد آخر لشراء شيء لازم لموسم معين تصرف الوكالة بالشراء لذلك الموسم دلالة. وهذه المادة من فروع المادتين (١٤٥٦ و ١٤٧٩)

مثال أول ـ مثلاً لو وكل أحد آخر في موسم الربيع على اشتراء جبة شالية يكون قد وكله لاشتراء جبة على أن يستعملها في هذا الصيف، وعليه إذا اشتراها الوكيل بعد مرور موسم الصيف أو في ربيع السنة الآتية لا ينفذ شراؤه في حق الموكل وتبقى الجبة للوكيل أنظر شرح المادة (١٤٧٠)

مثال ثان ـ لو وكل أحد آخر بشراء فحم للشتاء فيكون قد وكله بشراء الفحم لهذا الشتاء فلو اشتراه بعد مرور الشتاء أو في السنة الآتية فلا ينفذ في حق الموكل ويكون الفحم للوكيل.

مثال ثالث ـ لو وكل أحد آخر في موسم الصيف بشراء ثلج يكون قد وكله بشراء ذلك الثلج على أن يستعمل في ذلك الصيف. ولو شراه بعد أن مر الصيف أو في صيف السنة القابلة لا ينفذ في حق الموكل (الهندية)

مثال رابع ـ لو وكل أحد آخر في وقت قريب من عيد الأضحى بشراء أضحية فيكون قد وكله بشرائها لذلك العيد (الهندية) ولو اشترى الأضحية بعد أن مر العيد أو شراها في السنة الآتية فلا ينفذ في حق الموكل

مثال خامس ـ لو أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم وأمره أن يشتري بها مقداراً من الحنطة على أن يزرعها. واشترى المأمور الحنطة المذكورة فإذا اشتراها في وقت الزراعة ينفذ الشراء على الآمر. أما إذا اشتراها بعد مرور وقت الزراعة فلا ينفذ في حق الآمر. ويبقى المال المشترى للمأمور. ويضمن ما أخذه من النقود لآمره (الخانية).

المادة (١٤٨٥) ـ (ليس لمن وكل باشتراء شيء معين أن يشتري ذلك الشيء لنفسه حتى لا يكون له وإن قال عند اشترائه اشتريت هذا لنفسي بل يكون للموكل إلا أن يكون قد اشتراه بثمن أزيد من الثمن الذي عينه الموكل أو بغبن فاحش إن لم يكن الموكل قد عين الثمن فحينئذ يكون ذلك المال للوكيل وأيضاً لو قال الوكيل اشتريت هذا المال لنفسي حال كون الموكل حاضراً يكون ذلك المال للوكيل.)

ليس لمن وكل باشتراء شيء معين أو بتفرغه سواء سمي لهذا الشيء ثمن من طرف الموكل أو لا، وسواء أعطى الوكيل الثمن من ماله أو من مال الموكل أن يشتري ذلك الشيء لنفسه أو لموكله الآخر الذي قد وكله مؤخراً مع أن الموكل حاضر في أثناء الشراء ولم يخبر الوكيل موكله بكيفية عزله بعد عزله لنفسه. وإن قال عند شرائه اشتريت هذا لنفسي بل يكون للموكل التعيين إما باسم الأشارة أو بالعلم أو بالإضافة كان وكله أن يشتري له هذا المال بثمن مسمى. (تكملة رد المحتار)

يعني لا يجوز ولا يتصور اشتراء وتفرغ الوكيل لنفسه أو لأجل موكله الآخر، لأن الموكل لما كان معتمداً على الوكيل وعلى كونه سيشتريه له فإذا اشتراه لنفسه بالذات كان ذلك موجباً لتغرير الموكل. وكذلك يعتبر شراء الوكيل إياه لنفسه عزل. وتمام هذا العزل يكون باستماع الموكل خبر ذلك العزل (البحر).

وللوكيل باشتراء شيء معين كما يستفاد من هذا الدليل أن يشتري لنفسه بعد أن يعزل نفسه من الوكالة ويبلغ استعفاءه لموكله. سواء رضي الموكل بهذا العزل أو لم يرض. أما قبل أن يبلغ خبر العزل لموكله فليس له أن يشتريه لنفسه (صرة الفتاوى، الولوالجية) أنظر شرح المادة (الـ ١٥٢٤).

وقوله (اشتراء) وإن لم يكن احترازاً عن التفرغ والاستئجار فهو للاحتراز عن الوكالة وذلك كما يأتي:

التفرغ ـ لو وكل آخر بأن يتفرغ له بعقار لوقف معين ذي اجارتين بكذا درهماً وتفرغ الوكيل

باذن من المتولي بذلك العقار المذكور في مقابل بدل مقداره ذلك المقدار وحصل على سند بأسمه. فللموكل أن ينزع العقار من عهدة الوكيل برأي المتولي ويبطل سنده ويحصل على سند باسمه.
ومثل التوكيل بشراء شيء بعينه التوكيل بالاستجار إلا أنه لم أره صريحاً وهي حادثة الفتوى (تكملة رد المحتار).

الإستئجار - لو وكل أحد آخر باستئجار شيء له كان لموكله. وإن استأجره الوكيل المذكور لنفسه.

الوكالة بالتزويج - لو وكل أحد آخر بأن يزوجه امرأة معلومة. فللوكيل المذكور أن يتزوجها هو. والفرق هو: ان وكيل النكاح ينعزل باضافته العقد لنفسه (البحر، وتكملة رد المحتار).

وقوله الوكيل: بلا احتراز عن وكيل الوكيل وذلك كما يلي:

لو وكل الوكيل بشراء شيء معين آخر ذلك الشيء بلا اذن أو تعميم من الموكل. واشراه الوكيل الثاني بدون حضور الوكيل الأول كان المشتري للوكيل الأول. لأن الوكيل الأول لما خالف موكله بتوكيله غيره انعزل من الوكالة ما لم يكن قد اشتراه الوكيل الثاني في حضور الأول فيكون حينئذ للموكل لأنه حضر رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفاً (البحر).

وقوله (ذلك الشيء) للاحتراز عن نصفه. لأن الصورة التي يشتري فيها نصف ذلك الشيء قد مرت في شرح المادة (١٤٨٠) (التكملة ورد المحتار).

وقوله «لا يمكن أن يشتريه لنفسه» ليس للاحتراز عن موكل آخر ولا يمكنه أن يشتريه لموكل آخر بالأولى.

وعليه لو وكل الوكيل بشراء شيء معين آخر في غياب الموكل ليشتريه له واشتراه ذلك الشخص للموكل الثاني كان للموكل الأول.

أما لو وكل الوكيل الثاني في حضور الموكل بأن يشتريه له وسمى له ثمناً غير ما سماه الموكل الأول كأن يقول الوكيل الأول للوكيل الثاني: اشترِه بخمسين ريالاً مع أن الموكل الأول قد قال له: اشترِه بعشر ذهبات ويشتريه الوكيل الثاني له بالخمسين ريالاً كان المال للموكل الثاني. لأن الوكيل الثاني كما أنه مقتدر على شرائه لنفسه بخمسين ريالاً فهو مقتدر على شرائه لغيره أي للموكل الثاني.

وإلا كان للموكل الأول أيضاً (الهندية، الأنقروي) لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فلان يملكه لغيره بالأولى (تكملة رد المحتار).

وتتفرع المسألة الآتية من فقرة المجلة، وهي كما يلي:

لو قال أحد لآخر: اشترِ هذا الفرس على أن يكون بيننا مشتركاً وقبل ذلك ثم كلفه آخر بمثل هذا التكليف وقال نعم ثم قبل تكليف كهذا لشخص ثالث واشترى الفرس المذكور ينظر: فإذا كان

قوله للشخص الثالث نعم لم يكن في حضور الموكل الأول والثاني كان الفرس مشتركاً بين الموكل الأول والموكل الثاني ولا نصيب للموكل الثالث فيه. لأن الوكيل قد قبل وكالة الأول بنصف الفرس ووكالة الثاني بالنصف الباقي وبما أنه ليس للوكيل أن يخرج نفسه من دون علم الآمر الأول من الوكالة فلا تصح الوكالة من طرف الآمر الثالث. فإذا كان قوله (نعم) في حضور الموكل الأول والثاني كان ذلك الفرس مشتركاً بين المشتري والموكل الثالث. لأن قبول وكالة الثالث في حضورهما يتضمن رد وكالتهما وهذا إنما يقتدر عليه الوكيل بشرط علمهما (الولواجية في الشركة، ومثله في الهندية)

يكون ذلك الشيء المعين للوكيل في ست صور وهي:

الصورة الأولى - إذا اشترى الوكيل ذلك الشيء المعين بأزيد من الثمن الذي عينه الموكل، **كان ذلك الشيء للوكيل. ولو كانت تلك الزيادة قليلة جداً كخمس بارات. أنظر المادة (١٤٨٥) كذلك لو اشترى الوكيل بشراء شيء معين بألف درهم ذلك الشيء بألف ومائة وحط ونزل البائع بعد ذلك مائة درهم، كان ذلك الوكيل (الهندية).**

وعليه لو اختلف الموكل والوكيل، فقال الموكل: «اشتريت بالثمن الذي عينته» وقال الوكيل «اشتريته لنفسي بأزيد من الثمن» كان القول للوكيل، والبينة على الموكل (البحر، وتكملة رد المحتار).

لكن إذا اشتراه بأقل مما عينه الموكل من الثمن كان للموكل أيضاً (هامش الأنقروي).

الصورة الثانية - إذا اشتراه بثمن مخالف لجنس الثمن الذي عينه الموكل كان للوكيل. أنظر المادتين (١٤٥٦ و ١٤٧٩) وشرحهما.

الصورة الثالثة - إذا قال الموكل: اشتره بخيار الشرط واشترِهِ نسيئة، واشتراه الوكيل بدون خيار شرط أو اشتراه نقداً كان للموكل. أنظر شرح المادة (١٤٧٩).

الصورة الرابعة - إذا اشتراه الوكيل بشيء غير النقود كان المشترى للوكيل أنظر المادة (١٤٨٣)

الصورة الخامسة - وإذا لم يعين الموكل ثمناً واشتراه الوكيل بغبن فاحش كان المال حينئذ للوكيل. أنظر المادة (١٤٨٢). لأن الوكيل في الصورة المذكورة لما خالف أمر الموكل فقد انعزل من الوكالة عزلا ضمنياً. فلا يتوقف على علم الموكل.

وعليه إذا لم يضف وكيل الشراء العقد إلى موكله نفذ الشراء عليه (تكملة رد المحتار).

أما إذا أضاف الوكيل في الصورة المذكورة العقد إلى موكله. مثلاً لو قال البائع «بعت هذا المال لموكلك بكذا» **وقال الوكيل أيضاً «اشتريته له» كان موقوفاً على اجازة موكله. أنظر المادة (١٤٥٣) وشرحها.** (رد المحتار وابن عابدين على البحر مع زيادة والتكملة).

الصورة السادسة ـ وكذلك إذا عزل الوكيل نفسه من الوكالة وأعلم موكله العزل ثم اشترى بعد ذلك الشيء المعين كان المال المشترى للوكيل هذا بالعزل القصدي. أما الضمني كما لو كان ذلك بمخالفة الموكل ويصح مطلقاً (تكملة رد المحتار).

مثل لو قال الوكيل: اشتريت هذا المال لنفسي حال كون الموكل حاضراً مجلس العقد يكون ذلك المال للوكيل: حيث إن الوكيل في هذه الحالة قد عزل نفسه من الوكالة ووصل للموكل أيضاً خبر العزل وكان للوكيل حق عزل نفسه ولذلك لم يكن شراؤه بالوكالة.

كذلك إذا عزل الوكيل نفسه وأوصل خبر العزل إلى موكله برسالة أو بارسال رسول أو باخبار عدل واحد أو باخبار **شخصين** ولو كانا غير عدلين أو باخبار واحد ولو غير عدل عند الإمامين ثم اشترى ذلك.

كان شراء ذلك المال لنفسه (ابن عابدين على البحر وتكملة رد المحتار).

سترد تفصيلات في المادة الآتية لمن يكون المال الذي يشتريه الوكيل الموكل بشراء شيء معين وهل يكون للموكل أم للوكيل؟

المادة (١٤٨٦) ـ (لو قال أحد لآخر: اشتر لي فرس فلان، وسكت الوكيل من دون أن يقول لا أو نعم، وذهب واشترى ذلك الفرس، فإن قال عند اشترائه: اشتريته لموكلي يكون لموكله، وإن قال اشتريته لنفسي يكون له، وإذا قال اشتريته: ولم يقيد بنفسه. أو موكله. ثم قال اشتريته لموكلي: فإن كان قد قال هذا قبل تلف الفرس أو حدوث عيب به يصدق وإن كان قال هذا بعد ذلك فلا).

يفصل على وجوه ثلاثة لمن يعود المال الذي يشتريه الوكيل الذي وكل بشراء مال للموكل أم للوكيل.

الوجه الأول ـ لو قال أحد لآخر اشتر لي فرس فلان مثلاً وسكت[1] الوكيل من دون أن يقول شيئاً بخصوص قبول الوكالة أو ردها: كلا أو نعم. وذهب واشترى ذلك الفرس فإن قال عند اشترائه «اشتريته لموكلي» يكون لموكله سواء أعطى الثمن قبلاً من طرف الوكيل أو لم يعط، لأن محاولته القيام بالموكل به قبول للوكالة بمقتضى المادة (١٤٥١). حتى أنه لا ينفذ في حق الموكل ولو قال بعد ذلك لا أريد المشتري. وعليه لو طلب أحد الشراء بقوله لآخر: بعني هذا المال لفلان بعشر ذهبات وبعد أن باعه البائع إياه قال منكراً الوكالة: لم يأمرني ذلك الشخص بشرائه له. فبما

(١) فيه أن السكوت قبول كما مر في شرح المادة (١٤٥) فكيف تصح هذه العبارة إلا أن يجاب بأن السكوت إنما يكون قبولاً إذا لم يقم دليل بخلافه وههنا قد قام الدليل على أن السكوت ليس بقبول.

أن ذلك يعد تناقضاً منه[1] فلا يقبل والمشتري يكون لذلك الشخص إلا إذا أقر بأنه لم يأمر فيكون المال للوكيل. لأن اقرار الوكيل قد رد برد الموكل. أنظر المادة (١٥٨٠).

لكن إذا سلم ذلك الشخص بعد ذلك المال المذكور على وجه الملكية لذلك الشخص كان ذلك المال لذلك الشخص ولو لم يقبض ثمن المبيع. أنظر المادة (١٧٥) (الطحطاوي؛ البحر؛ تكملة رد المحتار).

وليس المراد من عبارة (وإن قال عند اشترائه اشتريته لموكلي) في هذه الفقرة أن الوكيل قد أضاف عقد الشراء لموكله. لأن هذا التعبير ليس بالتعبير الذي يوجب اضافة العقد لموكله على ما هو موضح في شرح المادة (١٤٥٣).

وإذا قال اشتريته لنفسي كان له. لأنه يكون قد تبين بأنه رد الوكالة. أنظر المادة (٦٧).

أما لو قال اشتريته فقط: ولم يقل حين شرائه لمن اشتراه، وقال له الموكل بعد ذلك: قد أخذته لنفسك وقال الوكيل: أخذته للموكل فإذا كان قوله أخذته للموكل قبل تلف الفرس أو حصول عيب فيه، صدق الوكيل مع اليمين. وعليه يكون الفرس للموكل. لأن الوكيل يخبر عن أمر وهو مقتدر على اجرائه في الحال. وعليه فيما أن الوكالة في عهدة الوكيل والمبيع موجود سالماً، فله أن يشتري ذلك المال بحسب الوكالة حالاً. أنظر شرح المادة (١٤٥٩).

وإذا قال بعد تلف الفرس أو حدوث عيب فيه فلا يصدق. لأن الوكيل حينئذ يحكي أمراً لم يكن مقتدراً على استيفائه يقصد به الرجوع على الموكل بثمن المبيع أما الموكل فمنكر وجوب الثمن.

الوجه الثاني - لو كان أحد وكيلاً بشراء فرس مثلاً فقال الوكيل للموكل: اشتريته لك وتركه له وقال الموكل: اشتريته لنفسك فلا أقبله ففي ذلك ثماني صور، وهي:

يكون ذلك الفرس معيناً أو غير معين. ويكون ثمن الفرس في هاتين الصورتين قد أعطي للوكيل قبلاً أو لم يعط. ويكون الفرس في هذه الصور الأربع حياً أو متلفاً أو معيباً بعيب حادث أو لا.

وخلاصة أحكام هذه الصور الثمانية هي:

إذا كان الثمن منقوداً أي كان قد أعطى الموكل الثمن للوكيل، فالقول مع اليمين في جميع الصور للوكيل. ومنها حالة الهلاك والتعيب. لأن الثمن لما كان أمانة في يد الوكيل بمقتضى المادة (١٤٦٣) وقد أدعى الوكيل أنه قد خرج من عهدة الأمانة على ما هو مأمور به فقد كان القول للوكيل. وإذا كان الثمن غير منقود ينظر:

فإذا لم يكن الوكيل مقتدراً على الإنشاء، كما لو تلف المشترى أو تعيب، فالقول للآمر

(٢) لأن قوله يعني لعمرو اقرار منه بأنه وكله فإن أنكر الوكالة بعده صار تناقضاً فلا يسمع

والموكل، لأن الموكل منكر حق رجوع الوكيل عليه؛ وإذا كان الوكيل مقتدراً على الإنشاء حالاً، بأن يكون الشيء المأمور بشرائه بغير عينه موجوداً أي والثمن غير منقود فالقول عند الإمامين للمأمور. لأن غرضه الرجوع بالثمن على الآمر وهو منكر فالقول قوله. وعند أبي حنيفة في موضع التهمة القول للآمر، فلا فرق عندهما في أن القول للمأمور إذا كان يملك الإنشاء بين أن يكون موضع التهمة أو لا، والتهمة تثبت بالرجوع إلى أهل الخبرة فإن أخبروا أن الثمن يزيد على القيمة زيادة فاحشة تثبت، وإلا فلا، ولعل المراد بموضع التهمة ما إذا كان بعد العيب فتأمل (رد المحتار، التكملة، مجمع الأنهر وغيرها).

الوجه الثالث ـ لو وكل أحد آخر بشراء شيء معين له واشترى ذلك الشخص بعد ذلك، ذلك المال ففي ذلك أربع مسائل:

المسألة الأولى ـ لو أضاف الوكيل الشراء إلى مال موكله، أي لو أضاف في أثناء عقد البيع، العقد إلى ملك موكله كان المشترى للموكل. سواء أعطى البدل المذكور من مال الموكل أو أعطاه من ماله وأبقى مال موكله. لأنه لما كان اشتراء أحد مال آخر لنفسه بالإضافة إلى دراهم غيره مستنكراً شرعاً وعرفاً فقد اعتبر في هذه المسألة أنه قد اشترى للموكل حملاً على الحال التي تكون حلالاً للوكيل وعلى الصورة التي جرت العبارة عليها (البحر).

المسألة الثانية ـ إذا أضاف الوكيل العقد والشراء إلى مال نفسه كان المشترى للوكيل. ولو نوى كونه للموكل عند اشترائه.

المسألة الثالثة ـ إذا أضاف الوكيل الشراء على المال مطلقاً، أي لم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى مال موكله، وكان الشراء نقداً ينظر: فإذا نوى الوكيل حين الشراء أنه له وصدق الموكل كون الوكيل قد نوى هذه النية كان المال المشترى للوكيل. وإذا نوى كونه للموكل وصدق الموكل كونه قد نوى على هذا الوجه كان المال المشترى للموكل. أما إذا لم يشتر نقداً واشترى نسيئة كان المال للوكيل حتى لو أدعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل (تكملة رد المحتار).

لكن لو اختلفا فقال الموكل «أنك نويت لي» وقال الوكيل: «لا بل نويت لنفسي» يحكم العقد، وذلك إذا كان المبلغ الذي أعطي ليكون بدلاً مالاً للموكل كان المشترى للموكل، وإذا كان مالاً للوكيل كان المشترى للوكيل، لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه، فإذا كان بدل المبيع لم يعط بعد وإذا لم يكن بدل المبيع قد أعطي يرجع إلى بيان الوكيل (ابن عابدين) وإذا اتفق الموكل والوكيل على أنه لم ينو حين الاشتراء طرفاً على الإطلاق كان المشترى للوكيل عند محمد. لأن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه ما لم يثبت أنه عمل لغيره. وظاهر ما في الكتاب ترجيح قول محمد من أنه عند عدم النية يكون للوكيل (تكملة رد المحتار).

وعند أبي يوسف يحكم العقد. لأن العقد الذي يعقده الوكيل بصورة مطلقة يحتمل وجهين وعليه يكون موقوفاً فالوجه المحتمل هو نفاذه لصاحب العقد الذي أعطى بدلاً للمبيع (البحر، تكملة رد المحتار).

المسألة الرابعة ـ إذا قال الوكيل: اشتريته للموكل، وقال الموكل له: اشتريته لنفسك، واختلفا على هذه الصورة فالقول للآمر. لأن الوكيل في هذه الصورة يريد الرجوع على آمره بالثمن والآمر ينكر حق الرجوع. أما القول فللمنكر. لكن إذا أعطى الآمر الوكيل النقود التي ستدفع ثمناً للمشتري قبلاً فالقول للمأمور لأن المأمور في هذه الصورة أمين يدعي خروجه من عهدة الأمانة، وعليه يقبل قوله. والمبيع في هذه الصورة إذا كان موجوداً فقد اتفق على أن حكمه هو على التفصيلات المشروحة؛ وأما إذا تلف المبيع فالحكم عند الإمام الأعظم على الوجه المحرر. لكن القول عند الإمامين للمأمور. ولو لم يكن ثمن المبيع قد أعطي من طرف الموكل لوكيله (البحر؛ هندية؛ رد المحتار؛ الأنقروي).

المادة (١٤٨٧) ـ (لو وكل شخصان كل منهما على حدة أحداً على أن يشتري شيئاً فلأيهما قصد الوكيل وأراد عند اشتراثه ذلك الشيء يكون له).

لو وكل شخصان كل منهما على حدة أحداً بشراء شيء غير معين فلأيهما قصد الوكيل وأراد عند اشترائه فيكون قد اشترى له. لأن الحكم في شيء يكون بحسب المقصد منه. وذكر الشيء هنا منكراً إشارة إلى أنه غير معين. أما إذا كان ذلك الشيء معيناً فقد ذكر حكمه في شرح المادة (١٤٨٥).

المادة (١٤٨٨) ـ (لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح).

ليس للوكيل بالشراء أن يشتري للموكل أربعة أنواع من الأموال:

١ ـ ليس للوكيل بالشراء أن يشتري ماله لموكله، يعني لو اشترى الوكيل بالشراء مال نفسه لموكله لا يصح شراؤه، ولو قال له: اشتر مال نفسك لي. لأن الشخص الواحد ليس له أن يتولى طرفي العقد. أنظر شرح المادة (١٦٧).

٢ ـ ليس للوكيل بالشراء أن يشتري المال الذي باعه موكله لموكله. مثلاً لو وكل الموكل أحداً ليشتري له بغلاً أو حصاناً فاشترى الوكيل البغل أو الدار اللذين كان الموكل قد باعهما قبلاً. فلا يكون المال المشترى للموكل. لأن بيع الموكل لذلك المال دليل على أن الموكل لا يريده وأنه معرض عنه. لكن لو أمر الموكل باشتراء ذلك البغل أو تلك الدار خاصة، فيكون المأخوذ للموكل. أما إذا اشترى الوكيل البغل أو الدار اللذين باعهما من آخر فكان صحيحاً (الأنقروي بزيادة).

٣ ـ ليس للوكيل بالشراء أن يشتري لموكله مال من لا تجوز شهادتهم له، كاصوله وفروعه وزوجته وشريكه فيما يشتركان به وابنه الصغير، وشريك المفاوضة. لأن مواضع التهمة مستثناة من الوكالة وفي هذه تهمة أيضاً بدليل عدم قبول الشهادة. ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه.

لكن يستثنى من هذا الضابط الثالث ثلاثة فروع:

الفرع الأول ـ إذا اشترى الوكيل مال هؤلاء لموكله، بأقل من قيمته، كان الشراء جائزاً بالاتفاق.

الفرع الثاني ـ إذا قال الموكل للوكيل، اشتر لي مال من لا تجوز شهادتهم لك، كان الشراء صحيحاً بالاتفاق.

الفرع الثالث ـ إذا قال الموكل: اشتر ممن شئت. فللوكيل أن يشتري ممن لا تجوز شهادتهم بقيمة المثل (تكملة رد المحتار).

٤ ـ ليس للوكيل بالشراء أن يشتري للموكل المال الذي غصب منه. وعليه لو اشترى الوكيل بشراء فرس، فرساً لموكله واختلف الوكيل والموكل فقال الموكل: ان هذا فرسي وقد غصبه مني فلان، وقال الوكيل انه فرس وقد اشتريته لك، ينظر: فإذا أعطى الموكل الثمن للوكيل يقبل قول الموكل وإذا لم يعطه إياه فالقول للموكل وما لم يقم الوكيل البينة على مدعاه فليس له الرجوع على الموكل. وإذا أقام كلاهما رجحت بينة الوكيل (الهندية)

المادة (١٤٨٩) ـ (إذا أطلع الوكيل على عيب المال الذي اشتراه قبل أن يسلمه إلى الموكل، فله أن يرده من ذاته، ولكن ليس له أن يرده بلا أمر الموكل وتوكيله بعد التسليم إليه)

إذا أطلع الوكيل بالشراء بعد أن قبض المال الذي اشتراه على عيب فيه قبل أن يسلمه إلى الموكل، فله أن يرده بنفسه إلى بائعه. يعني بدون أمر موكله. لأن الرد بالعيب من الحقوق الثابتة للوكيل. وإذا توفي الوكيل يرده وارثه (البحر) أنظر المادة (١٤٦١).

صورة المحاكمة لرد الوكيل بالشراء بالعيب: إذا طلب الوكيل بالشراء الرد بالعيب ودفع البائع دعوى الوكيل قوله: ان الموكل الغائب راض بالعيب يسأل الوكيل بالشراء عن الرضاء الواقع. فإن أقر كان اقراره صحيحاً. ولا تبقى مخاصمة مع البائع. لكن يبقى المال المشترى في ملك الوكيل. لكن إذا قبل الموكل أو أثبت الوكيل بالبينة، أن الموكل قد رضي بالعيب فيكون المال المشترى في هذه الحال للموكل. وإذا أنكر الوكيل بالشراء رضاء الموكل بالعيب تطلب البينة من البائع. فإن أثبت فبها. أما إذا لم يثبت وكان الموكل غائباً ولم يمكن تحليفه اليمين فلا يحلف الوكيل. وللبائع أن يدعي ويثبت الرضاء بعد رد الوكيل المبيع له في حضور الموكل وإن لم يستطع حلف الموكل اليمين. فإن نكل أعاد المبيع للموكل وطلب دراهمه (الهندية، الخانية بإيضاح).

١ ـ «بعد القبض إذا أطلع الوكيل بالشراء على عيب قديم في المشتري قبل قبضه كان مخيراً سواء كان العيب المذكور فاحشاً أو يسيراً، إن شاء فسخ وحينئذ ينفسخ. وإن شاء رضي به وحينئذ

يسقط حق رد الوكيل بخيار العيب. لكن ينظر في هذه الصورة. فإذا كان العيب فاحشاً بقي المشترى للوكيل. ما لم يقبله الموكل. وإذا كان العيب يسيراً، يعني إذا وجد في المبيع عيب وكانت قيمته مساوية للثمن المسمى لزم المشتري الموكل (الهندية، الأنقروي عن الخانية).

٢ ـ «من ذاته» هذا التعبير ليس احترازياً. لأنه يمكنه أن يرده بأمر الموكل وإذنه بطريق الأولى (البحر).

٣ ـ يمكنه أن يرده ـ يستدل منه على كون حق الرد ثابتاً للوكيل. والموكل أجنبي في حق الرد بالعيب. حتى أن الموكل إذا أقر بالعيب وأنكره الوكيل فلا حكم لهذا الإقرار. وبالعكس أو أقر الوكيل وأنكر الموكل فلا حكم للإنكار. فأنه يلزم الوكيل لا الموكل إلا أن يكون عيباً لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وإن أمكن حدوث مثله في المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان، وألا يحلفه فإن نكل رده والا لزم الوكيل (البحر، والتكملة).

إذا توفي الوكيل بالشراء والمال المشترى في يده، فلوارثه أو وصيه رده بخيار العيب. لكن إذا لم يكن له وارث أو وصي يرده وصي الوكيل المتوفي الذي ينصه القاضي.

أشار المنصف إلى أن الرد عليه لو كان وكيلاً بالبيع فوجد المشتري بالمبيع عيباً ما دام حياً عاقلاً من أهل لزوم العهدة. فإن كان محجوراً يرد على الموكل (تكملة رد المحتار)

يستفاد من قوله (فله أن يرده) ان للوكيل بالشراء أن يرضى بالعيب المذكور بعد قبض المبيع. ويسقط في هذه الحال خيار العيب. أنظر المادة (٥١) (الهندية) لكن في هذه الصورة إذا شاء الموكل قبله بالعيب وبجميع الثمن. وإن شاء تركه للوكيل. وإذا أعطى الدراهم للوكيل ضمنه إياها. لكن إذا امتنع الموكل عن القبول قبل تركه للوكيل وهلك المال المشترى في يد الوكيل. كان الضرر الواقع عائداً إلى الموكل أنظر المادة (١٤٦٣) (رد المحتار)

أما الوكيل بالشراء فليس له أن يرد المال الذي اشتراه بعد تسليمه لموكله بخيار العيب. لأن حكم الوكالة ينتهي باشتراء الوكيل وتسليمه للموكل وينعزل هو أيضاً عن الوكالة أنظر المادة (١٥٢٦).

كذلك إذا رد الوكيل بالشراء بعد التسليم كان ذلك موجباً لابطال يد الموكل الحقيقية. وعليه فلا يقتدر على ذلك بلا أمر الموكل (تكملة رد المحتار).

إذا وجد الموكل عيباً قديماً في المال المشترى بعد أن سلمه إياه الوكيل بالشراء. يرده الموكل للوكيل والوكيل للبائع (الخانية).

والواقع وإن لم يكن للوكيل رده بعد التسليم بخيار العيب فله رده بفساد البيع. وعليه لو اشترى الوكيل بالشراء مالاً شراء فاسداً فهو مقتدر، بناء على فساد العقد؛ أن يفسخ البيع بعد إداء الثمن وقبض المبيع وتسليمه للموكل بلا رضاء الموكل وأن يسترد المبيع من الموكل ويعيده للبائع.

والفرق هو: أن الفسخ بالعيب من حق العبد والفسخ بالفساد من حق الشرع (تكملة رد المحتار استنباطاً) أنظر شرح المادة (١٤٩٤)

ويستفاد من فقرة (بدون أمره وتوكيله) أن له الرد إذا كان ثمة أمر وتوكيل لأن الوكالة بالرد بالعيب جائزة على ما هو مبين في شرح المادة (١٤٥٩).

وإذا أنكر البائع أن للموكل أمراً وتوكيلاً بهذا يجبر الوكيل على اثبات الوكالة (الهندية)

المادة (١٤٩٠) - (إذا اشترى الوكيل المال مؤجلاً فهو في حق الموكل مؤجل أيضاً وليس له أن يطالب بثمنه نقداً. ولكن بعد اشتراء الوكيل نقداً إذا أجل البائع الثمن فللوكيل أن يطلب الثمن من الموكل نقداً).

يعتبر ما وقع عليه العقد في خصوص تأجيل الثمن والتعجيل (تكملة رد المحتار).

وعليه إذا اشترى الوكيل بالشراء المال مؤجلاً فهو في حق الموكل مؤجل أيضاً وليس له أن يطالب الموكل بثمنه نقداً حتى إنه لو اشترى الوكيل على هذه الصورة نسيئة وصار الثمن معجلاً في حقه بوفاته يبقى مؤجلاً في حق الموكل أيضاً . لأن العقد قد وقع على ثمن مؤجل (التكملة بزيادة)

وعليه ليس للورثة أن يطالبوا الموكل بالثمن قبل حلول الأجل. (الأنقروي) وإذا اشتراه معجلاً كان معجلاً في حق الموكل أيضاً.

أما لو اشترى نقداً وأجل بعد ذلك البائع الثمن لمدة معينة فإنما يستفيد الوكيل من هذا التأجيل فقط وبما أنه ليس بمؤجل في حق الموكل المطالبة به على وجه السلف وهذه حيلة ليكون ثمن المبيع معجلاً في حق الموكل ومؤجلاً في حق الوكيل (تكملة رد المحتار)

كذلك لو وهب البائع كل ثمن المبيع دفعة للوكيل بالشراء أو أبرأه منه فإنما يستفيد من ذلك الوكيل بالشراء فقط ويرجع الوكيل بجميع الثمن المذكور على موكله. أنظر المادة (٢٦١) أما إذا لم يبرئه أو لم يهبه دفعة كما لو وهبه أو أبرأه أولاً من ستمائة قرش مثلاً ثم وهبه أو أبرأه من اربعمائة أيضاً فإنما للوكيل أن يرجع على موكله وهبه إبراءه أخيراً أي أن له الرجوع بأربعمائة فقط. أما ما وهب أولاً أي الستمائة فليس له الرجوع بها على موكله. لأن الستمائة قرش حط «أنظر المادة (٢٦٠). والأربعمائة قرش هبة (البحر، رد المحتار، الهندية)

وهذه المسألة مبينة على ما تقدم في البيوع من أن هبة بعض الثمن حط لا هبة كله. لأن الحط يلتحق بأصل البيع وفي حط البعض يبقى البيع بالباقي فيرجع به على موكله هنا ولو جعل هبة الكل حطاً لصار بيعاً بلا ثمن فيفسد به البيع فلذلك جعل هبة مبتدئة للوكيل فيرجع على الموكل بالثمن للمعقود عليه كله فلو وهبه إياه بدفعتين أو أكثر كان ما قبل الأخير حطاً وكانت الهبة الأخيرة مبتدأة فيرجع على الموكل بقدرها فقط (تكملة رد المحتار)

المادة (١٤٩١) - (إذا أعطى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه فله أن يرجع إلى الموكل يعني له أن يأخذ الثمن الذي أعطاه من الموكل وله أيضاً أن يحبس المال المشترى ويطلب ثمنه من موكله إلى أن يستلم الثمن وإن لم يكن قد أعطاه إلى البائع).

إذا اشترى الوكيل بالشراء بالثمن المعجل أو اشترى بالثمن المؤجل وأعطى الثمن بحلول الأجل من ماله وقبض المبيع فله الرجوع على موكله. يعني ويمكنه أن يأخذ من البائع الثمن الذي أعطاه إياه ولو لم يكن للموكل أمر بذلك صراحة، يعني إذا لم يكن للموكل أمر صريح باعطاء الوكيل بالشراء الثمن للبائع رجع الوكيل على موكله بعد اعطائه الثمن للبائع من ماله. لأن الموكل ما دام يعلم بأن حقوق العقد راجعة للوكيل فقد رضي بأن يدفع ويسلم الوكيل الثمن من ماله (رد المحتار، وتكملته). إذا أعطى الموكل ثمن ما يريد شراءه من المال فأمسك الوكيل الثمن المذكور في يده وأعطاه الثمن من ماله فيحصل التقاص بين النقود التي أعطاها الوكيل للبائع وبين ما أخذها من الموكل (البحر، الولواجية) فعليه إذا اشترى الوكيل بالشراء ما أمره به موكله ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم المشترى إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز. ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانير للتعدي (تكملة رد المحتار).

والثمن في هذه الفقرة ليس بتعبير احترازي. فلو قال واحد لآخر: اشتر لي فرس فلان على أن يكون حصانك بدلاً واشترى المأمور على هذا الوجه كانت الفرس للموكل. ويأخذ الوكيل من موكله قيمة الحصان الذي دفعه بدلاً (البحر).

لكن يجب أن يثبت أن ثمن المبيع الذي يدعي الوكيل أنه أعطاه للبائع قد أعطي للبائع ليكون للوكيل حق الرجوع على موكله.

ويكون هذا باقرار البائع أو بنكوله عن اليمين بإقامة شهود. أما لو أدعى الوكيل بالشراء أنه قد أعطى ثمن المبيع من ماله إلى البائع وصدقه الموكل أيضاً على ذلك وكذبه البائع أي لو بين أنه لم يأخذ ثمن المبيع فليس للوكيل الرجوع على موكله بالثمن الذي ضاع بجحود البائع لأن المأمور بقضاء الدين وكيل بشراء ما في ذمته فإذا لم يسلم له ما في ذمته لم يرجع المأمور على الآمر. كذلك ليس له رجوع إذا كذبه الموكل والبائع معاً (البحر وتعليقات ابن عابدين عليه) والواقع أنه إذا لم يمكن الوكيل الرجوع على موكله بالثمن الضائع بجحود البائع فللوكيل الحق بمطالبة الثمن الثابت له على الموكل بحكم العقد. لأن الوكيل بالشراء يعتبر كأنه باع من موكله المال الذي شراه ولذا يتحالفان إذا اختلفا في الثمن ويفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً (تكملة رد المحتار)

الرجوع بنفقات النقل - ان للوكيل بالشراء الرجوع على الموكل بثمن المبيع بناء على هذه الفقرة. أما الرجوع بالنفقات السائرة فسيذكر لذلك التفصيلات الآتية: وعليه لو اشترى الوكيل بشراء مال من غير مصر المال من خارج مصر بمقتضى الأمر يعني لو نقله إلى دار الموكل رجع بنفقاته

على موكله. أما الوكيل بالشراء في مصر فلما كان مقتدراً على نقله بنفسه أو جعل الآمر يأخذ بمراجعة الحاكم فليس له الرجوع (الأنقروي)

الخلاف بين الوكيل والموكل في مقدار الثمن:

لو أعطى الموكل لوكيله خمس ذهبات وقال له (اشتر لي المال الفلاني) وبعد أن شراه الوكيل قال اشتريته (بعشر ذهبات) وقال الموكل (لا. اشتريته بخمس) واختلفا على هذه الصورة فإذا كانت قيمة المال عشر ذهبات صدق الوكيل. لأنه أمين أدعى الخروج من عهدة الأمانة والآمر يدّعي عليه ضمان خمس ذهبات وهو ينكر. وإن كانت قيمته خمس ذهبات صدق الآمر بلا تحليف. أما إذا لم يعط للوكيل ثمن المبيع من طرف الموكل وكانت قيمة ذلك المال خمس ذهبات كان القول بلا يمين أيضاً للآمر أنظر المادة (١٤٨٢) لكن إذا كانت عشر ذهبات يتحالف الآمر والمأمور ويفسخ حكم العقد الذي بينهما ويترك المبيع للمأمور (التنوير، الدر المختار، التكملة)

ولا فائدة من قول البائع بعته بكذا لطرف من الأطراف أنظر شرح المادة (١٤٦٣).

وإذا أعطى الوكيل ثمن المال المشترى المعجل فله أن يطلبه من موكله وأن يحبس المال إلى أن يؤديه ثمنه كما أن له أن يطلبه من موكله ولو لم يعطه للبائع بعد. وله أن يحبس المال إلى أن يؤدي الموكل إليه الثمن ولو لم يؤد ثمنه للبائع من ماله. لأن المبادلة الحكمية انعقدت بين الوكيل وقد عد الوكيل بائعاً والموكل مشترياً. ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان (تكملة رد المحتار)

جاء في شرح هذه الفقرة (ثمن المعجل) لأنه ليس للوكيل بالشراء حبس المال إذا اشتراه نسيئة. لأن الثمن يكون مؤجلاً حينئذ في حق الموكل أيضاً. وإن فعل وتلف كان ضامناً.

أما إذا اشترى الوكيل بثمن معجل ثم أجل البائع الثمن. فللوكيل أن يطلب الثمن حالاً من الموكل وهي الحيلة (البحر).

كذلك لو اشترى الوكيل مالاً نسيئة لشهر مثلاً وقبضه فطلب الموكل المشترى من الوكيل فليس للوكيل حبسه لاستيفاء الثمن وإن فعل وتلف يضمن. أنظر المادة (٧٩٤) (الهندية)

ويستفاد من قوله (إلى أن يؤدي الثمن) أن الموكل إذا أدى الثمن فليس له حبسه. لو أعطى الموكل الثمن للوكيل بعد أن اشترى المال الذي أمر بشرائه على أن يؤديه للبائع واستهلكه الوكيل فمع أن للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فليس له بناء على المادة (١٤٦١) أن يطالبه بثمن المبيع كما أنه ليس للوكيل أن يحبس لاستيفاء الثمن أنظر المادة (٢٧٨). إذا تلاقى وكيل الشراء مع الموكل في بلدة أخرى بعد أدائه ثمن المشترى من ماله وقبضه إياه وكان المشترى غير موجود معه وطلب الثمن من الموكل فامتنع الموكل عن تسليم الثمن ما لم يسلم المبيع إليه ينظر: فإذا كان للوكيل طلب المشترى من الوكيل عندما كان المشترى في قبضته وامتنع الوكيل عن تسليمه قبل أخذه الثمن فللموكل أن يمتنع عن تسليم الثمن قبل قبض المشترى: أما إذا لم يطلب الموكل من الوكيل تسلم المشتري حينما كان المشترى عنده فليس للموكل أن يمتنع عن اعطاء الثمن

للوكيل. لأن هذا الثمن قد أصبح دينا للوكيل في ذمة الموكل (البحر)

فروع - يتعين الثمن في الوكالة بالتعيين أنظر شرح المادة (٢٤٣) وعليه لو تلف النقد الذي سلمه الموكل للوكيل بالشراء أو النقد الذي لم يسلم للوكيل وهو في يد الموكل قبل الشراء انعزل الوكيل[1]

وعليه لو اشترى الوكيل المال الذي أمر بشرائه بعد تلف النقد على هذه الصورة يبقى ذلك المال للوكيل. أما لو تلف النقد المذكور في يد الوكيل بعد الشراء وقبل التسليم للبائع، فللوكيل الرجوع على موكله بثمن المشترى. وإذا اختلف في وقوع التلف قبل الشراء أو بعده فالقول مع اليمين للموكل على عدم العلم.

وإذا رجع الوكيل على موكله بثمن المشترى بعد أن تلف النقد المذكور بعد الشراء في يد الوكيل وأخذه وتلف هذا المأخوذ أيضاً في يد الوكيل بالشراء ليس له الرجوع على آمره وموكله بعد (الهندية، البحر، التكملة) أنظر شرح المادة (١٤٦٣)

المادة (١٤٩٢) - (إذا تلف المال المشترى في يد الوكيل بالشراء، أو ضاع قضاء يتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء. ولكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن وتلف في هذه الحال أو ضاع يلزم على الوكيل أداء ثمنه)

إذا تلف المال المشترى، أو ضاع يعني قضاء يعني بلا تعد ولا تقصير دون أن يحبس الوكيل بالشراء المشترى لاستيفاء الثمن يتلف من مال الموكل. لأن يد الوكيل كيد الموكل. وعليه فالموكل في حكم القابض للمشترى على يد الوكيل ووقوع التلف في يد الموكل (البحر أنظر المادة (١٤٦٣) ولا يسقط شيء من الثمن. وعليه إذا أعطى الوكيل الثمن من ماله رجع بمقتضى المادة الآنفة على موكله. حتى أنه لو أعطى الموكل للوكيل عشرين ذهبة. وقال له اشتر لي بها فرساً وترك ذلك الشخص المبلغ المذكور في بيته واشترى فرساً بعشرين ذهبة وبينما هو محضر إياها إلى بيته سرقت العشرون ذهبة وتلفت الفرس في يده كانت خسارة الفرس والعشرون ذهبة عائدة إلى الموكل، ويأخذ الوكيل عشرين ذهبة مرة ثانية من الموكل ويدفعها إلى البائع.

هذا الحكم فيما إذا صدق الموكل أو أثبت الوكيل اشتراءه للفرس ولا يصدق الوكيل بلا تصديق ولا اثبات إلا في دفع الضمان عن نفسه (البحر).

يقال في المجلة المال المشترى، تجري التفصيلات في المال الذي يؤخذ على وجه السوم وذلك كما يأتي:

---

(١) علم بها لو لم يعلم. الأمر لو قيد الوكالة منها أو الدين منها ثم استهلكت العين أو سقط الدين بطلت الوكالة (تكملة رد المحتار)

إذا أخذ الوكيل بالشراء المال على وجه الشراء وسمى له ثمناً وتلف في يده ضمن للبائع قيمة المشتري بمقتضى المادة (٢٩٨). ثم بعد ذلك ينظر: فإذا كان للموكل أمر بالأخذ على وجه سوم الشراء رجع الوكيل على موكله بالبدل الذي ضمنه وإلا فلا (البحر).

لكن إذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن بمقتضى المادة الآنفة وتلف أو ضاع في تلك الحال عادت الخسارة الواقعة إلى الوكيل ولزم الوكيل إعطاء الثمن. هذه المسألة من قبيل المادتين (٢٧٨ و ٢٩٣) وعليه ليس للوكيل على هذا التقدير الرجوع على موكله. سواء كانت قيمة المشتري مساوية لثمنه أو لا. هذه الفقرة مبنية على مذهب الطرفين[1]

أما عند أبي يوسف فمضمون بضمان الرهن فيهلك بأقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله. وعند زفر أنه مضمون بضمان الغصب (البحر، تكملة رد المحتار).

وتعبير (تلف أو ضاع) للاحتراز عن التعيب. لأن الوكيل إذا حبس المشترى لاستيفاء الثمن وتعيب في يده فلا يسقط شيء من الثمن. لأنه لا تقابل الأوصاف شيئاً من الثمن. لكن الموكل مخير. إن شاء قبله بجميع الثمن المسمى وإن شاء تركه للوكيل (البحر، الطحطاوي، الهندية، تكملة رد المحتار).

ويتبين من عبارة (لكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن وتلف في هذه الحال أو ضاع) أن لزوم الثمن الوكيل نتيجة لحبس المشترى. وعليه لو وكل أحد أحداً بشراء مال بألف قرش واشترى ذلك المال وأوفى الثمن للبائع من ماله فأعطى الموكل خمسمائة قرش قبل أن يحبس الوكيل المشترى لاستيفاء الثمن وتلف المشترى المذكور بعد أن طلب من طرف الموكل وحبس الوكيل إياه لاستيفاء بقية الثمن كانت الخمسمائة التي أعطاها الموكل للوكيل. وليس للوكيل الرجوع على موكله بالخمسمائة الباقية. أما لو أعطى الموكل الخمسمائة قرش بعد أن حبس الوكيل المشترى لاستيفاء الثمن وتلف في يد الوكيل قبل تسليمه للموكل لأخذ الباقي عادت الخسارة كلها على الوكيل ويلزمه أن يرد إلى موكله الخمسمائة قرش التي أخذها منه (الهندية)

قد استعمل هنا تعبير (الوكيل بالشراء) وقد ذكر في شرح المادة (١٤٥٩) أن الحكم في الوكيل بالاستئجار مماثل لحكم الوكيل بالشراء. ولو كان وكيلاً بالاستئجار وقبض الوكيل الدار ليس له أن يحبسها عن الموكل بالأجرة ولو شرط تعجيلها. فإن حبسها حتى مضت المدة فقيل الأجر على الوكيل ويرجع على الموكل وقيل سقط عن الموكل (تكملة رد المحتار).

المادة (١٤٩٣) ـ (ليس للوكيل بالشراء أن يقيل البيع بدون إذن الموكل).

ضابط: من يملك انشاء العقد يملك اقالته أيضاً. يستثنى من هذا الضابط خمس مسائل:

(١) ولهما أنه بمنزلة البائع منه مكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولا يرجع للوكيل سواء تساوت قيمته مع ثمنه أو تفاوتت (تكملة رد المحتار)

المسألة الأولى ـ ليس للوكيل بالشراء أن يقبل البيع بدون اذن الموكل. لأن الوكيل بالشراء إذا اشترى المال الذي أمر بشرائه تكون وكالته قد انقضت أنظر المادة (١٥٢٦) وإقالته بعد ذلك تكون فضولاً. أما الموكل فله أن يقيل. يعني أن الموكل والبائع إذا تقايلا عقد البيع صح تقايلهما (الأنقروي، رد المحتار).

المسألة الثانية ـ ليس للوكيل بالاستئجار الإقالة بعد القبض (الهندية).

المسألة الثالثة ـ ليس للمتولي إقالة ما اشتراه بأقل من القيمة أو باعه بأكثر منها.

المسألة الرابعة ـ ليس للوصي إقالة ما اشتراه بأقل من القيمة أو باعه بأكثر منها أنظر المادة (٨٥).

المسألة الخامسة ـ ليس للصبي المأذون إقالة ما اشتراه بأقل من القيمة وما باعه بأكثر منها (الإشباه) أنظر شرح المادة (١٩٦).

الفصل الثالث

في الوكالة بالبيع

المادة (١٤٩٤) ـ (للوكيل بالبيع مطلقاً أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً).

للوكيل بالبيع مطلقاً (وهو الوكيل ببيع مال بدون تعيين ثمنه) أن يبيع مال موكله أي جميع ماله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً سواء بالعروض أو بالنقود وسواء ببيع صحيح أو فاسدة أو بخيار شرط أو بدون خيار شرط، لأن التوكيل بالبيع وقع مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة أنظر المادة (٦٤).

البيع بالغبن الفاحش والعروض. البيع بالغبن الفاحش هو متعارف في زمن شدة الاحتياج للمال وفي زمن الملل من المال. أما البيع بالعروض فهو نوع من أنواع البيع. حتى أنه لو حلف أحد بأن لا يبيع ماله وباعه بعروض يحنث في يمينه (البحر ورد المحتار).

أما هذه المادة التي اختارتها المجلة فهي على مذهب الإمام الأعظم والرأي الذي اختاره صدر الشريعة (تكملة رد المحتار).

مستثنى ـ البيع بغبن فاحش في بيع الصرف غير جائز بالإجماع. لأن بيع الصرف وإن كان من وجه بيعاً فهو من وجه آخر شراء وهو لا ينفذ بحق الموكل كما هو مذكور في المادة (١٤٨٢). مثلاً لو صرف الوكيل ببيع الصرف دينار موكله الذي يساوي مائة قرش بأربع ريالات فلا ينفع بيعه (رد المحتار والتكملة).

أما عند الإمامين فلا ينفذ بيع الوكيل بالبيع مطلقاً كما إذا باع مال موكله بغبن فاحش أو باعه بثمن غير الذهب والفضة (البحر).

البيع الفاسد - إذا باع الوكيل بالبيع مطلقاً مال موكله بيعاً فاسداً وسلم المبيع للمشتري لا يضمن. **لأنه للوكيل ولو قبض الثمن من المشتري وسلمه لموكله أن يفسخ البيع بحسب المادة (٣٧٢) وأن يسترد المبيع من المشتري ويعيده لموكله وأن يسترد الثمن من موكله ولا يشترط في ذلك رضاء موكله (الهندية).**

ليس للوكيل بالبيع إقالة البيع مع كونها لا تنفذ إقالة الوكيل بالبيع بحق الموكل حسب المادة (١٥٠٥) والفرق بينهما هو أن رفع البيع الفاسد من ضروريات حق الشرع. أما الإقالة فليست كذلك أنظر المادة (١٤٨٩).

إيضاح القيود الموجودة في المادة:

مطلقاً - أما إذا قيدت الوكالة بالبيع بقيد من القيود فليس للوكيل **مخالفة** ذلك القيد أنظر المادة (١٤٧٩) والمادة الآتية[1]

مثلاً لو قال الموكل للوكيل: بع هذا المال بخمسين ديناراً فليس للوكيل المخالفة بخلاف الجنس أو للشر كما أنه لو قال له: بعه بخيار الشرط فليس له بيعه بدون خيار شرط. فلو باع الوكيل في هذه الصورة المال بدون خيار شرط وأدعى الموكل **قائلاً**: قد أمرتك ببيعه بخيار الشرط وأدعى الوكيل أن الموكل لم يذكر هذا الشرط فالقول للوكيل (الهندية).

بالبيع - للوكيل بفراغ العقار الجاري التصرف به بالإجارتين من مستغلات الأوقات أن يفرغه بغبن فاحش كما أنه قد ذكر في المادة (١٤٥٩) أن الحكم على هذا المنوال في الأجارة العادية أيضاً وقد ورد في تكملة رد المحتار وكذا التوكيل بالإجارة ومن المشايخ من قال قولهما كقول أبي حنيفة في الاجارة.

للوكيل - وليس لغير الوكيل أن يبيع مال الغير أنظر المادة (٣٧٨). أن الوكيل ببيع وفراغ العقارات المملوكة والموقوفة والأراضي الأميرية وفي اعطاء التقرير أمام مجلس التمليك يجب أن تكون وكالته ثابتة بحجة شرعية حسب الأصول المتخذة. وهذه الحجة الشرعية تحفظ في دوائر التمليك مع أوراق البيع الأخرى. ان الوكلاء الذين لم يوكلوا بحجة شرعية كهذه يصير اثبات توكيلهم في المحكمة الشرعية بالبينة منعاً لانكار الموكل من التوكيل. وطريقة ذلك أن الوكيل يمتنع بعد البيع من تسليم المبيع إلى المشتري والمشتري يدعي بأنه اشترى ذلك المال من الوكيل وأن الوكيل ممتنع عن تسليم المبيع له والوكيل يقر بالبيع إلا أنه يدعي بأن البيع.وقع منه فضولاً ولذلك امتنع عن تسليم المال وحينئذ يثبت المشتري بأن البائع هو وكيل بالبيع وبعد ثبوت الوكالة على هذا الوجه المشروح لو أنكر الموكل الوكالة فلا يلتفت إليه أنظر المادة (٣٨).

(١) ومحل الخلاف عند عدم التقييد من الأمر فإن عين شيئاً تعين (تكملة رد المحتار)

أما الثبوت الذي يحصل بدون دعوى صحيحة أي في غير مواجهة خصم شرعي فغير معتبر. فعلى ذلك لو أدعى شخص بأنه هو وكيل عن فلان الغائب في بيع ماله الفلاني إلى هذا الشخص وصدقه ذلك الشخص أو أنكر ذلك الشخص الوكالة وشهد شاهدان على الوكالة وحكم الحاكم استناداً على تلك الشهادة فالحكم غير معتبر. وعليه لو حضر الغائب وأنكر الوكالة كان على المشتري **أن يثبت أصل الوكالة ولا يعمل بتلك الحجة كما أنه لا يعمل بتلك الحجة إذا أثبت مضمونها (صرة الفتاوى). وهذه المسألة مذكورة في البحر على التفصيل.**

فروع:

المسألة الأولى - إذا باع الوكيل ببيع فلو معين ذلك الفلو بعد أن كبر، كان البيع صحيحاً (الهندية). أما لو باع الوكيل ببيع عرصة تلك العرصة بعد أن أُنشيء عليها أبنية فلا يصح. إلا أنه للوكيل ببيع دار أن يبيع تلك الدار بعد تشييدها أنظر المادة (١٤٧٢)[1]

المادة الثانية - لو وكل أحد آخر في بيع ماله وباع الوكيل والموكل ذلك المال ولم يعلم أيهما كان الأسبق يكون بيع الموكل معتبراً (رد المحتار).

المسألة الثالثة - إذا اختلف وكيل البيع والموكل في فعل الوكيل أي أن الوكيل أدعى أنه أجرى مقتضى الوكالة والموكل أنكر ذلك ينظر: فإذا كان اخبار الوكيل وقع بعد عزله فالقول للموكل وإذا كان قبل العزل وكان الموكل على قيد الحياة والمال الذي سيباع مسلم إلى الوكيل فالقول للوكيل. أما إذا كان المال غير مسلم فلا يكون القول للوكيل. كذلك إذا توفي الموكل وتلف المال الذي سيباع كان القول للوكيل. وإذا كذبه الوارث لا يقبل قول الوكيل (البحر والتكملة).

مثلاً لو أدعى الوكيل بالبيع أنه باع المال الذي أمر ببيعه وأن الثمن تلف في يده بعد القبض موافقاً بذلك قول المشتري. وكذبه الآمر صدق الوكيل بيمينه وإذا أدعى ورثة الموكل بعد وفاته على الوكيل بأنه لم يبع المال الموكل ببيعه وأدعى الوكيل بأنه باع المال لفلان وقبض الثمن منه وأثبت تلف الثمن في يده وصدق المشتري الوكيل. فإذا كان المبيع قائماً فلا يصدق الوكيل على المبيع ما لم يثبت الوكيل أنه باع المال في حياة الموكل. فإذا لم يثبت رد المبيع وضمن الوكيل المال للمشتري أما إذا كان المبيع مستهلكاً صدق وكيل البيع بعد اليمين

المسألة الرابعة - إذا اختلف الموكل والوكيل وقال الموكل إنني عزلتك من الوكالة وقال الوكيل إنني بعت ذلك المال بالأمس فلا يصدق الوكيل. أما إذا قال الوكيل إنني بعت المال لفلان وقال الموكل إنني عزلتك من الوكالة وأدعى المشتري البيع كان البيع جائزاً

(١) ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره وسلمه فهو على وكالته. لو وكله ببيع أرضه ثم غرس فيها فهو رجوع عن الوكالة بخلاف ما إذا وكله ببيع أرضه وزرع فيها فيبيع الوكيل الأرض دون الزرع. لأن البناء والغرس يقصد بهما القرار لا الزرع (تكملة رد المحتار).

المسألة الخامسة ـ إذا أدعى الوكيل ببيع المال وقبض الثمن هلاك الثمن في يده: فإذا كان المبيع قد سلم للوكيل صدق كلام الوكيل. أما إذا كان المبيع في يد الموكل فلا يصدق ألوكيل (البحر)

المسألة السادسة ـ إذا وكل أحد آخر في بيع ماله يوم الجمعة فقال الوكيل يوم السبت إنني بعت المال بالأمس وكذبه الموكل فالقول للوكيل والبيع جائز.

والحكم في الإجارة على هذا المنوال ـ أما إذا أدعى الموكل بأنني وكلتك هذا اليوم وأدعى الوكيل بأنك وكلتني بالأمس وإنني بعته بالأمس كان القول للموكل والبيع غير نافذ (البحر).

المادة (١٤٩٥) ـ (إذا عين الموكل الثمن فليس للوكيل بيعه بأنقص مما عينه الموكل، فإذا باع ينعقد البيع موقوفاً على اجازة الموكل ولو باعه بنقصان الثمن بلا اذن الموكل وسلم المال إلى المشتري فللموكل أن يضمنه ذلك النقصان).

الضابط الأول ـ ليس لوكيل البيع المخالفة في جنس الثمن مطلقاً، أي للخير والشر
الضابط الثاني ـ لوكيل البيع أن يخالف للخير في قدر ووصف الثمن
الضابط الثالث ـ ليس لوكيل البيع المخالفة للشر في قدر ووصف الثمن
الضابط الرابع ـ كل بيع لا ينفذ بسبب مخالفة الوكيل بالبيع يكون البيع الواقع موقوفاً
المسائل المتفرعة عن هذه الضوابط:

المسألة الأولى ـ إذا عين الموكل الثمن فليس للوكيل بيعه بأنقص من ذلك أنظر المادتين (١٤٥٦، ١٤٧٩) وشرح الضابط الثالث في شرح المادة (١٤٥٦) إلا أن للوكيل أن يبيعه بالثمن المعين إلا أنه ليس للوكيل في المسألة الآتية الذكر أن يبيعه بالثمن المعين أيضاً.

مثلاً لو وكل أحد آخر في بيع فلوه بألف درهم وقبل أن يبيعه تزايدت قيمة ذلك الفلو إلى ألفي درهم فليس للوكيل بيع الفلو بألف درهم. أما لو باعه بخيار شرط وزادت قيمة الفلو على هذا الوجه في مدة الخيار فللوكيل أن يسقط الخيار وأن يجيز البيع (رد المحتار، الأنقروي)، لأنه يملك الابتداء فيملك الإمضاء وإن سكت حتى مضت المدة بطل البيع عند محمد خلافاً للثاني.

المسألة الثانية ـ وإذا باع الوكيل ينعقد البيع موقوفاً على اجازة موكله وللموكل إذا أراد وفي حالة وجود الشرائط المذكورة في المادة (٣٧٣) أن يجيز البيع أو أن يفسخه ويسترد المبيع أنظر الضابط الرابع. والحكم في الشراء هو مماثل لهذا كما ذكر في المادة (١٤٩٨).

ولو باعه بنقصان الثمن بدون أمر سابق من الموكل أو إجازة لاحقة منه وسلم المال إلى المشتري فللموكل أن يسترده من المشتري أو أن يجيز البيع وإن أراد يضمن الوكيل ذلك النقصان أنظر المادتين (٩٠١ و١٦٣٥) يوجد في هذه الفقرة بيع وتسليم. أما الفقرة الثانية فيوجد فيها بيع فقط فلذلك قد افترقت الفقرتان

المسألة الثالثة ـ لو قال الموكل بع هذه الفرس بالثمن الذي باع به فلان فرسه وسأل الوكيل ذلك الشخص فأفاده بأنه باع فرسه بعشرين ديناراً ولذلك باع فرس موكله بعشرين ديناراً ثم تبين أن ذلك الشخص باع فرسه بثلاثين ديناراً فلا ينفذ بيع الوكيل. أما لو باع الشخص إحدى فرسيه بعشرين ديناراً والأخرى بثلاثين ديناراً وباع الوكيل فرس موكله بعشرين ديناراً ينفذ البيع استحساناً أنظر الضابط الثالث.

المسألة الرابعة ـ لو قال الموكل: بع مالي هذا بعشر ريالات وباع الوكيل ذلك المال بخمسة عشر ريالاً كان البيع صحيحاً ونافذاً أنظر الضابطين الثالث والرابع (الأنقروي)

المسألة الخامسة ـ لو قال الموكل للوكيل: بع مالي هذا بعشر ريالات فضة فباعها الوكيل بدينارين فلا ينفذ البيع لأن هذه المخالفة وإن كانت مفيدة للموكل وفي مصلحته إلا أن الثمن الذي سماه الموكل كان فضة والثمن الذي باع به الوكيل كان ذهباً فكانت المخالفة حاصلة في الجنس فالبيع لا ينفذ أنظر الضابط الأول (البحر).

المسألة السادسة ـ لو قال الموكل للوكيل: بع مالي هذا بخمسين ريالاً فضة فباعه الوكيل بخمسين ريالاً وخمسة دنانير كان البيع جائزاً ونافذاً وصار كل الثمن للموكل (الهندية) أنظر الضابط الثاني.

المسألة السابعة ـ لو قال الموكل للوكيل: بع مالي هذا بخمسين ريالاً فضة فباع الوكيل نصفه بخمسين ريالاً فضة ثم باع النصف الآخر بعشرة دنانير فالبيع في النصف الأول صحيح. لأن مخالفة الوكيل كانت مفيدة للموكل وفي صالحه وهذه المسألة مستثناة من المادة (١٤٩٩) كما سيذكر ذلك أيضاً في شرح تلك المادة أما البيع في النصف الآخر من ذلك المال فغير نافذ. لأنه قد حصلت المخالفة في جنس الثمن أما لو باع الوكيل ذلك المال على هذه الصورة في عقد واحد بخمسين ريالاً فضة وعشرة دنانير كان البيع صحيحاً ونافذاً (الأنقروي، الولوالجية) أنظر شرح المادة (١٤٩٩)

الاختلاف بين الوكيل والموكل: لو اختلف الوكيل والموكل فقال الموكل للوكيل: إنني قلت لك أن تبيع بذهب فأنت بعت المال بفضة. وقال الوكيل: أنك لم تقيد فالقول للموكل (الأنقروي).

المادة (١٤٩٦) ـ (إذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح)

إذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه أو لولده الصغير لا يصح حتى لو كان البيع مفيداً للموكل (بأن يبيع المال بأكثر من قيمته) حتى لو أذن الموكل صراحة بذلك. لأنه لا يجوز لأحد أن يكون بائعاً ومشترياً في عقد واحد بسبب أن ذلك يؤدي إلى تضادّ الأحكام. لأنه يوجب أن يكون المشتري والمستقضي والقابض والمسلم والمخاصم في العيب والمخاصم واحداً. ولا يخفى ما هو موجود من التضاد في ذلك (ابن عابدين على البحر وتكملة رد المحتار) أنظر المادة (١٦٧).

فلذلك لو قال الموكل للوكيل: بع هذا المال لنفسك أو لولدك الصغير أو لمن شئت فلو باع الوكيل ذلك المال لنفسه أو لولده الصغير لا يصح (الخانية وتكملة رد المحتار).

حيلة لاشتراء وكيل البيع - إذا باع وكيل البيع مال موكله لآخر فله اشتراؤه بعد ذلك (الطحطاوي).

إن تعبير وكيل البيع لا يقصد به الاحتراز من الوكيل بالفراغ. لأن الوكيل بفراغ عقار وقف بالإجارتين أو بفراغ الأراضي الأميرية ليس له أن يتفرغ بذلك العقار أو تلك الأراضي الأميرية لنفسه.

المادة (١٤٩٧) - (ليس للوكيل بالبيع أن يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له إلا أن يكون قد باعه بأزيد من قيمته فحينئذ يصح. وأيضاً إن كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله: بعه لمن شئت ففي هذه الحال يجوز للوكيل بيعه بثمن المثل لهؤلاء).

ليس للوكيل أن يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له وهؤلاء قد ورد ذكرهم في المادة (١٧٠٠) بثمن المثل أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش بالأولى. لأنه يوجد تهمة في ذلك ومواضع التهمة مستثناة في الوكالات (التكملة ورد المحتار). هذه المادة على مذهب الإمام الأعظم. أما عند الإمامين فيجوز للوكيل أن يبيع لهؤلاء بثمن المثل وبالغبن اليسير. لأن التوكيل مطلق أنظر المادة (٦٤) ولا يوجد أملاك متباينة ومنافع منقطعة وتهمة (البحر) والاجارة والصرف والسلم كالبيع (مجمع الأنهر).

وتعبير الوكيل احتراز من الوصي والمضارب. فعليه لو باع الوصي مال الصغير إلى من لا تجوز شهادتهم بقيمة المثل كان البيع صحيحاً أما لو باعهم بالمحاباة فلا يصح البيع. كذلك إذا باع المضارب مال المضاربة بقيمة المثل إلى من لا تجوز شهادتهم له صح البيع (البحر).

إن تعبير من لا تجوز شهادتهم هو قيد احترازي. فلذلك لوكيل البيع أن يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم لموكله (الهندية) إلا أن هذا التعبير ليس تعبيراً احترازياً عن نفس الوكيل لأنه ليس لوكيل البيع أن يبيع مال موكله لنفسه[1]

إلا أن أربع مسائل مستثناة من ذلك وفي المسائل المذكورة يجوز البيع لهؤلاء:

المسألة الأولى - إذا باع الوكيل بالبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له بأكثر من قيمته ولو لم تكن وكالته وكالة عامة على الوجه المذكور في المسألة الرابعة كان البيع صحيحاً. وتعبير لو باع

---

(١) ولو بمثل القيمة في إحدى الروايتين عن الإمام. والحيلة في جواز بيعه من نفسه أن يبيعه من آخر ثم يشتريه منه (تكملة رد المحتار).

احتراز من الشراء. لأن في الشراء بأكثر من القيمة تهمة وخيانة ظاهرة فهي بالاتفاق غير جائزة (تكملة رد المحتار).

المسألة الثانية ـ إذا سمى الموكل الثمن، أي لو قال للوكيل: بع مالي هذا بألف درهم فللوكيل أن يبيع مال موكله بألف درهم لمن لا تجوز شهادتهم له (الأنقروي).

المسألة الثالثة ـ إذا أمر الموكل الوكيل أن يبيع ماله لمن لا تجوز شهادتهم للوكيل، فللوكيل أن يبيع مال موكله بالإجماع.

المسألة الرابعة ـ إذا وكل الموكل الوكيل وكالة عامة بقوله: بعه لمن شئت فللوكيل في تلك الحالة أن يبيعه بثمن المثل لهؤلاء أو بغبن يسير. وليس له أن يبيعه بالإجماع بغبن فاحش (البحر).

وليس تعبير الوكيل بالبيع احترازاً من الوكيل بالفراغ. لأنه ليس للوكيل بفراغ عقار وقف بالاجارتين أو فراغ أرض أميرية أن يفرغ العقار أو الأرض الأميرية إلى من لا تجوز شهادتهم له كأولاده وأبويه وزوجته. أما إذا وكل الوكيل بفراغ ذلك إلى أحد هؤلاء أو وكل الوكيل على وجه التعميم بقوله: افرغه لمن شئت فللوكيل فراغه لهؤلاء.

المادة (١٤٩٨) ـ (للوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له أن يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة. وأيضاً إن كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة أو دلالة فليس له أن يبيع نسيئة. مثلاً لو قال الموكل: بع هذا المال نقداً أو بع مالي هذا وأد ديني فليس للوكيل أن يبيع ذلك المال بالنسيئة).

للوكيل المطلق بالبيع، أي الوكيل الذي لم تقيد وكالته، أن يبيع نقداً أو نسيئة. وإذا كان البيع لأجل التجارة فله بيعه نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق المال أنظر المادة (٦٤). ففي هذه الصورة لو اختلف الموكل والوكيل فقال الموكل للوكيل: إنني أمرتك بالبيع نقداً وأنت بعت المال نسيئة؛ وقال الوكيل: لم تقيدني بالبيع نقداً بل وكلتني بالبيع على الإطلاق. فالقول للموكل. لأن الأمر مستفاد من الموكل وليس ثمة من دليل يدل على الإطلاق (الهندية والبحر).

وليس له أن يبيعه مؤجلاً لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة. وهذا عند أبي يوسف ومحمد، لأن التعيين بالعرف التعيين بالنص أنظر المادة (٤٥).

أما عند الإمام فللوكيل أن يبيع مؤجلاً لمدة طويلة (تكملة رد المحتار).

وأيضاً إن كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة أو دلالة، كأن يكون البيع ليس بقصد التجارة كاعطاء امرأة فقيرة غزلها لآخر ليبيعه لها وتكون محتاجة لثمنه، فليس له أن يبيعه نسيئة (البحر).

لأن التقييد بالبيع نقداً مفيد ومعتبر. لأنه في البيع مؤجلاً يجب حسب حكم المادة (٢٨٣) تسليم المبيع أولاً للمشتري ويتأخر قبض الثمن إلى حلول الأجل. ففي تلك الحال إذا قال المشتري أو مات مفلساً فيحتمل أن يتوى ويتلف الثمن. أما في البيع معجلاً فلعدم احتمال التواء فيه، فالتقييد بالبيع نقداً أصبح مفيداً ومعتبراً (الولواجية) أنظر الضابط الأول الوارد في شرح المادة (١٤٥٦)

مثلاً لو قال الموكل: بع هذا المال نقداً. هذا مثال للوكالة بالبيع بالنقد صراحة. أو قال: بع مالي هذا وأد ديني. أو قال: بع مالي هذا. لأنني محتاج للنفقة أو أن دائني يطالبونني، فهذا المثل مثال على البيع بالنقد دلالة. فليس للوكيل أن يبيع المال بالنسيئة فإن باع المال وسلمه كان ضامناً أنظر المادة (٩٠١) كذلك لو قال شخص، يريد السفر إلى بلدة ومحتاج لنقود لصرفها في سفره لآخر: بع مالي هذا لأتخذ ثمنه مصرفاً لسفري وباعه الوكيل نسيئة لا يصح (الطحطاوي ورد المحتار والهندية) وللوكيل بالبيع نسيئة أن يبيع المال نقداً ومعجلاً (الأنقروي) وكما سيفصل على الوجه الآتي:

بيع الوكيل بالبيع نسيئة المال نقداً:

قد اختلف في جواز بيع الوكيل بالبيع نسيئة بيعه المال نقداً في حالة عدم بيان الثمن فعند بعض الفقهاء، إذا باع الوكيل المال نقداً بالثمن الذي يباع به نسيئة كان البيع جائزاً. لأنه ببيع الوكيل المال الموكل ببيعه نسيئة نقداً بالثمن الذي أمر ببيعه به قد حصل الموكل على الثمن الزائد في الحال كما أنه توقى خطراً بسبب افلاس المشتري أو انكاره ثمن المبيع. أما إذا باعه الوكيل بغير الثمن الذي يبيعه به لو وقع البيع نسيئة بل باعه بأقل منه فلا يجوز. لأن الثمن بالبيع نسيئة أزيد من البيع نقداً وكان المقصد من الآمر بالبيع نسيئة هو الحصول على ثمن أزيد. ولما كان البائع غير محتاج للثمن في الحال فكان الثمن الأزيد أنفع له (ابن عابدين على البحر).

وعند بعض الفقهاء إذا كان التوكيل وقع على الإطلاق، أي إذا لم يشترط فيه البيع بثمن مؤجل فللوكيل البيع بثمن مؤجل وهذا القول هو الصحيح والمفتى به (الولواجية وتكملة رد المحتار).

المادة (١٤٩٩) ـ (ليس للوكيل أن يبيع نصف المال الذي في تبعيضه ضرر فإن لم يكن فيه ضرر فله ذلك).

المال الذي في تبعيضه ضرر. يعني الشركة المورثة للعيب، ليس للوكيل بيع نصفه عند الإمامين، لأن التوكيل المطلق يحمل على المتعارف والمتعارف هو أن يبيع المال بصورة لا تضر الموكل أنظر المادة (٤٥)[1]

(١) لضرر الشركة وهو عيب ينقص القيمة فلا يراد بالمطلق (تكملة رد المحتار).

فإذا باع نصفه كان البيع موقوفاً. فإن شاء الموكل أجاز البيع وإن شاء فسخه. أنظر الضابط الرابع الوارد في شرح المادة (١٤٩٥) (الولواجية والبحر) مثلاً لو قال أحد لآخر: بع فرسي هذه فليس للوكيل أن يبيع نصفها على هذا الوجه ثم باع النصف الآخر قبل الخصومة وقبل نقض البيع صح البيع وأصبح نافذاً أنظر المادة (٢٤). لأن الوكيل بالبيع يحتاج للتفريق في المبيع لعدم وجود مشتر لجميع المبيع. فإذا باع قبل نقض البيع الأول النصف الآخر يظهر أن البيع الأول وسيلة لبيع الباقي (الهندية والبحر).

أما إذا لم يبع الباقي قبل الخصومة فلا يصح البيع. أما عند الإمام الأعظم فبيع النصف جائز لأن صورة التوكيل مطلقة عن قيد الافتراق والاجتماع أنظر المادة (٦٤)

مستثنى - يوجد مستثنى واحد من هذه المادة وهو:

لو وكل أحد آخر في بيع فرسه بألف درهم فباع الوكيل نصف الفرس بألف درهم كان البيع صحيحاً وكان عمل الوكيل حسناً.

أما لو باع النصف بتسعمائة وتسعين درهماً وعشر كيلات حنطة فلا ينفذ البيع (البحر) أنظر شرح المادة (١٤٩٥).

وإن لم يكن في تبعيضه ضرر فله بيعه، أي إذا كانت شركته غير مورثة العيب (رد المحتار). كأن يكون ذلك المال من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة التي لا ضرر في تبعيضها. لأن صورة التوكيل مطلقة أنظر المادة (٦٤) فعليه للوكيل الموكل ببيع عشر كيلات حنطة أن يبيع خمس كيلات منها. أما الوكيل الموكل ببيع بغلتين لو باع إحداهما ففي ذلك صورتان:

الصورة الأولى - أن يسمى الثمن من الموكل. مثلاً لو قال الموكل بع هاتين البغلتين بألف درهم فإذا باع الوكيل إحداهما بأربعمائة درهم ينظر: فإذا كانت الأربعمائة درهم هي حصة تلك البغلة من الثمن أو أزيد أو أقل بغبن صح البيع وإلا فلا.

الصورة الثانية - أن لا يسمى الثمن، كأن يقول الموكل للوكيل: بع هاتين البغلتين فقط فباع الوكيل إحداهما فإذا لم يكن في هذا البيع ضرر صح البيع. أما إذا كانت إحدى البغلتين أعلا من الأخرى فلا يصح البيع. لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد وبيعهما سوية ونظير هذه المادة في الوكالة بالشراء هي المادة (١٤٨٠).

المادة (١٥٠٠) - (للوكيل أن يأخذ في مقابلة ثمن المال الذي باعه نسيئة رهناً أو كفيلاً ولا يضمن إذا تلف الرهن أو افلس الكفيل).

أي للوكيل بالبيع. لأن الوكيل أصيل في حقوق العقد كقبض ثمن المبيع هو من حقوق العقد. كما أن للوكيل أن يأخذ كفيلاً توثيقاً لقبض الثمن له أن يرتهن توثيقاً للاستيفاء:

إن الرهن يقع للموكل فإذا رده الوكيل جاز الرد ويضمن للموكل الأقل من قيمة الرهن أو الثمن، وعند أبي يوسف لا يصح رده (البحر) وتعبير الوكيل بالبيع احتراز من الوكيل بقبض الدين إذ ليس للوكيل بقبض الدين للارتهان. لأن وكالته منحصرة بقبض الدين ولا تشمل عقد الرهن[1]

ولا يضمن إذا تلف الرهن في يد الوكيل أو الموكل وسقط ثمن المبيع أو أفلس الكفيل وأصبح غير ممكن استيفاء الثمن منه أنظر المادة (٩١)

ولا يقال بأن الوكيل قد أخذ رهناً بدون اذن الموكل وتسبب بسقوط الدين بتلف الرهن وأنه يجب على الوكيل الضمان ويسقط من الدين بقيمة الرهن (أنظر المادة (٧٤١) وشرحها

أما لو أخذ الوكيل بقبض الدين رهناً من المدين وتلف في يده فلا يسقط شيء من دين الموكل كما أنه لا يلزم الوكيل أي ضمان (البحر) أنظر المادة (١٤٥٩)

المادة (١٥٠١) - (ليس للوكيل أن يبيع بلا رهن ولا كفيل إذا قال الموكل بع بالكفيل أو بالرهن)

وإن باع وسلم للمشتري فللموكل تضمينه، أنظر الضابط الأول في شرح المادة (١٤٥٦)

وكذلك للموكل أن يجيز هذا البيع أنظر الضابط الرابع في شرح المادة (١٤٩٥).

إذا اختلف الموكل والوكيل في هذه الصورة فقال الموكل إنني قد شرطت عليك الرهن أو الكفيل وقال الوكيل لم تشترط ذلك عليَّ فالقول للموكل. أنظر شرح المادة (١٤٩٨) - (البهجة والفيضية).

إذا أطلق الموكل الرهن أي لم يقيده بـ «معتمد» فكما أن للوكيل أن يبيع برهن تساوي قيمته ثمن المبيع فله أن يبيعه عند الإمام بما قيمته أقل من ثمن المبيع أنظر المادة (٦٤) وعندهما لا فيما يتغابن فيه (البحر).

أما لو أمره الموكل بقوله: بعه برهن معتمد فإنما يقتدر الوكيل على بيعه برهن تساوي قيمته الثمن أنظر الضابط الأول في شرح المادة (١٤٥٦) (الهندية والأنقروي).

ويلزم الوكيل بالبيع بالكفالة على وجه هذه المادة أم يأخذ غيره كفيلاً، ولا تصح الكفالة إذا كفل الوكيل بالبيع ثمن المال الذي باعه عن المشتري (الأنقروي). لأنه يصير عاملاً لنفسه لكون حق القبض له فكأنه كفل مطلوبه لنفسه فإن أدى بحكم الضمان كان الأداء باطلاً أيضاً لأن المبني على الباطل باطل ولكن لو أدى الضمان فلا يرجع لكونه متبرعاً (الدر المختار). أنظر شرح المادة (٦٣٠).

(١) والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن (مجمع لأنهر)

المادة (١٥٠٢) - (لا يجبر الوكيل بالبيع على أداء ثمن المال الذي باعه من ماله إذا لم يأخذ ثمنه من المشتري).

أنظر إلى المسألة الثانية والعشرين من الخاتمة التي في شرح المادة (١١١٢) حتى إن الوكيل بالبيع إذا أعطى ثمن المال الذي باعه إلى الموكل بدون أمر المشتري كان متبرعاً ويفقد حق رجوعه على المشتري أنظر شرح المادة (١٥٠٧).

مثلاً لو أعطى الوكيل بعد أن باع مال الموكل بألف قرش ذلك الى الموكل من دون أن يقبض ثمن المبيع ومن دون أمر المشتري كان متبرعاً كذلك لو باع الوكيل بالبيع مالاً لموكله ووقع التقاص مع الدين الذي لم يؤخذ من المشتري بعد كان متبرعاً أيضاً.

لكن لو أعطي الوكيل بالبيع.الثمن لموكله من ماله على أن يبقى ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري فلا يصح ذلك وللوكيل أن يسترد ذلك الثمن، مثلاً لو شرط الوكيل بالبيع أن تكون الألف قرش الذي في ذمة المشتري في المثال المذكور آنفاً له وأعطى المبلغ المذكور لموكله على هذا الشرط ورضي الآخر بذلك لا يصح وللوكيل في هذه الصورة أن يسترد ما أعطاه لموكله ويلزم المشتري اعطاء ثمن المبيع «الطحطاوي، والأنقروي» وكذا لو ترك عدة أشخاص أموالهم عند تاجر لأجل البيع وباع التاجر أيضاً تلك الأموال نسيئة وأدى إلى أصحابها أثمانها قبل أن يقبض أثمانها من مشتريها على أن يبقى له ما في ذمة المشترين وأفلس المشترون بعد ذلك فلذلك التاجر أن يسترد من أولئكم الأشخاص نقوده (الطحطاوي وتكملة رد المحتار). قيل (إذا لم يأخذ ثمنه) لأن الوكيل بالبيع إذ أخذ ثمن المبيع من المشتري لزمه اعطاؤه للموكل أنظر المادتين(١٤٦٣ و ٧٩٤).

لكن إذا لم يأخذ الوكيل بالبيع ثمن المبيع من المشتري واشترى في مقابله أمتعة كانت الأمتعة التي اشتراها له ويلزمه أن يضمن ثمن المبيع لموكله. وليس للموكل أن يقول إني آخذ ذلك المتاع «الأنقروي»

مستثنى: يجبر الوكيل في المسألة الآتية على أداء الثمن للموكل؛ وهي:

إذا باع الوكيل معجلاً وأمهل بعد البيع المشتري وأجله صح إمهاله وتأجيله ويجبر على اعطاء الثمن لموكله حالاً من ماله ويقبض ثمن المبيع لنفسه من المشتري بعد حلول الأجل (صرة الفتاوى).

المادة (١٥٠٣) - (إذا قبض الموكل ثمن المبيع يصح وإن كان القبض حق الوكيل).

إن قبض ثمن المبيع من المشتري حق للوكيل اصالة سواء كان الموكل حياً أو توفي بعد العقد أو جن أنظر المادة (١٤٦١) وشرحها. وعليه لو باع الوكيل بالبيع المال الذي أمر ببيعه لدائنه

ووقع التقاص مع دين الدائن بسبب وقوع عقد البيع ضمن الوكيل الثمن المذكور لموكله. لأنه الوكيل قد أوفى دينه بمال موكله.

وهذا عندهما وقال أبو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهذا مبني على ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فتقع المقاصة وعنده لا يجوز فلا تقع ولكن لو هلك المبيع في يد الوكيل قبل التسليم بطلت المقاصة اجماعاً ولا ضمان للموكل على الوكيل لأنه انفسخ البيع من أصله.

أما إذا كان للمشتري دين على الموكل يقع التقاص بين الدين الذي على الموكل للمشتري وبين ثمن المبيع كما أنه إذا كان على كل من الموكل والوكيل دين للمشتري فيحصل التقاص بالثمن بدين الوكيل حيث أنه ليس للوكيل مطالبة المشتري بالثمن (الولوالجية، الهندية، ورد المحتار).

لكن إذا قبض الموكل أيضاً الثمن يعني إذا أعطاه إياه المشتري برضاه كان صحيحاً وإن كان قبض الثمن حقاً للوكيل. وليس للوكيل أن يطالب المشتري بالثمن ثانية. لأن الثمن المقبوض حق للموكل ولا فائدة في استرداده، ودفعه وتسليمه ثانية بعد أن وصل إليه (البحر).

حتى ان له أن يسلم الثمن للموكل ولو نهى ومنع الوكيل عن تسليمه إليه لكن لو ضبط المال المشترى من يد المشتري بالاستحقاق بعد أن دفع ثمن المبيع للموكل وسلمه فله الرجوع على الوكيل (الهندية).

وتعبير الموكل للاحتراز عن اليتيم فعليه لو باع الوصي مال اليتيم وأعطى المشتري ثمن المبيع لليتيم فلا يبرأ المشتري من الدين ويلزمه اعطاء ثمن المبيع ثانية إلى الوصي. لأن اليتيم لما لم يكن له حق بقبض ماله مطلقاً فليس له صلاحية بقبض دينه أيضاً. وعليه فإعطاء المشتري نقود اليتيم تضييع لها (رد المحتار).

يدل قوله (إذا قبض الخ) على أنه إذا أعطاه المشتري إياه برضاه. وإلا فلا يجبر المشتري على دفع وتسليم ثمن المبيع للموكل. ما لم يوكل الوكيل بالبيع موكله بقبض الثمن. وحينئذ يجبر المشتري على تسليم ثمن المبيع إلى الموكل (الطحطاوي).

مستثنى - إن بيع الصرف مستثنى من حكم هذه المادة، فبدل الصرف إنما للوكيل قبضه. يعني أن الموكل بالصرف إذا أجرى عقد الصرف وقبض الوكيل بعد ذلك البدل يبطل عقد الصرف لأن العاقدين قد افترقا في هذه الصورة من دون قبض. والحال أن القبض في هذا بمنزلة الإيجاب والقبول وهذا يتعلق بالمتعاقدين كما يتعلق القبض بهما أيضاً (البحر وتكملة رد المحتار).

ويتفرع عن كون قبض الثمن حقاً للوكيل المسائل الآتية:

المسألة الأولى - إذا أنكر الوكيل قبض الثمن وأثبت المشري قبض الوكيل برئ المشتري ويضمن الوكيل حينئذ ثمن المبيع لموكله (الأنقروي).

المسألة الثانية ـ إذا أقر الوكيل بالبيع بعد أن باع المال الذي سلم إليه لأجل البيع بأن الموكل قد قبض ثمن المبيع من المشتري أو اقترض أو غصب مثل ذلك الثمن منه وبذلك قد حصل بين موكله والمشتري أو المقرض أو المغصوب منه التقاص وأنكر الموكل ذلك فالقول مع اليمين للوكيل ولا يضمن الوكيل للموكل شيئاً. لأنه لو أقر بذلك بنفسه لا يضمن. وصورة التحليف على الثبات أن يحلف على كون الموكل قد قبض ثمن المبيع. وهذا تحليف على فعل الغير فإذا كان هذا التحليف على عدم العلم كما هو مصرح في المادة (١٧٤٨) فهو إعادة من الوكيل على أنه يعلم بقبض موكله. فإذا حلف الوكيل على الوجه المشروح فلا يلزمه شيء وإن نكل ضمن لموكله ثمن المبيع. لأن أقر أنه أتلف ثمن الموكل (الأنقروي، الخانية).

المسألة الثالثة ـ لوقال الوكيل بالبيع قبل تسليمه المبيع للمشتري: إنني بعت ذلك المال لفلان وقبض الموكل منه الثمن أو قال قبضت أنا الثمن وأعطيته لموكلي أو تلف الثمن المذكور في يدي بعد القبض بلا تعد ولا تقصير وكذب الموكل الوكيل بالبيع والقبض معاً ينظر:

فإذا كان الموكل قد سلم ذلك المال لوكيله برئ المشتري من ثمن المبيع والقول مع اليمين على كل حال للوكيل. وإذا حلف الوكيل على ادعائه اليمين برئ الوكيل أيضاً من الضمان. أنظر المادتين (١٤٦٣، ١٧٧٤). وإن نكل ضمن لموكله الثمن. أنظر إلى المسألة الآنفة. لأنه غير مضطر إلى النكول لإحاطة القبض أو عدمه لعلمه ولكونه إما باذلاً أو مقراً وعلى التقديرين يضمن بخلاف ما لو أقيمت دعوى عيب الوكيل بالبيع فقضي عليه فإنه يرد المبيع على موكله أنظر المادة (١٤٨٩). لأنه مضطر إلى النكول بممارسته المبيع (التكملة).

وإذا لم يكن الموكل قد سلم المال الذي سيباع إلى الوكيل ينظر: فإذا كان تكذيبه لوكيله في البيع وقبض الثمن معاً صدق الوكيل في البيع. لأن الوكيل قد أخبر بأمر وهو مقتدر على انشائه في حال اخباره أما اقراره في حق قبض الثمن الذي على موكله فلا يصدق به والمشتري إن شاء أعطى الثمن مجدداً لموكله وقبض المبيع وإن شاء فسخ المبيع. وإذا قال في هاتين الحالتين: بعت قبلاً وقبضت الثمن للموكل أو تلف في يدي بلا تعد ولا تقصير يعطى الثمن للمشتري. وإذا قال الوكيل: بعت قبلاً وأخذ الموكل الثمن فلا يلزم اعطاء الثمن للمشتري.

لو صدق الموكل وكيله في البيع وقبض الثمن ولكن كذبه في اعطائه الثمن أو تلفه في يده فالقول مع اليمين للوكيل وفي هذه الصورة ليس للوكيل المطالبة بالثمن ثانية وهو مخير على تسليم المبيع للمشتري (الأنقروي).

المادة (١٥٠٤) ـ (إذا كان الوكيل بغير أجرة فلا يكون مجبوراً على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله، ولكن يلزم أن يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن إذا لم يحصله برضائه، وأما الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فهو مجبور على تحصيل الثمن واستيفائه).

إذا كان الوكيل بدون أجرة فلا يجبر على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله ولا على قبض المال الذي اشتراه، ولا على المخاصمة بالعيب والرجوع بالثمن المستحق. لأن هذا الوكيل متبرع ولا يجوز الإجبار على التبرع (البحر بزيادة).

وعليه لو باع الوكيل فرس موكله الذي في بغداد بالوكالة في البصرة معجلاً فليس للموكل أن يجبره بقوله له: إذهب إلى البصرة وحصل ثمن الفرس الذي بعته (صرة الفتاوى).

حيث إن استيفاء الثمن والحقوق المذكورة حق للوكيل. وليس للموكل أن يتولى هذه الحقوق. فإذا لم يحصل الوكيل برضاه الثمن وسائر حقوق العقد ولم يقم بها، لزم الوكيل أن يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن وبالقيام بالحقوق الأخرى بقبض الثمن (الطحطاوي).

إذا وكل الوكيل موكله بقبض الثمن بحكم الحاكم فليس له عزله بعد. أما لو وكله برضاه بلا حكم الحاكم فله عزله (التكملة، الأنقروي).

ويستفاد من قوله (إذا لم يحصله برضاه) أنه لا يجبر على التوكيل إذا كان يريد تحصيله برضاه: فلو قال الموكل وكلني أو أحلني حتى أقبض الثمن من المشتري. وقال الوكيل أنا أقبضه. وتنازعا على هذه الصورة فلا يجبر الوكيل على توكيل موكله أو احالته على المشتري. لأن قبض الثمن من حقوق الوكيل (الهندية).

أما إذا كان الوكيل بالبيع بأجرة كالدلالة والسمسار فيجبر على الاستيفاء والتحصيل من المشتري لأن هؤلاء ليسوا متبرعين. وبما أنهم يأخذون أجرة على عملهم، وتحصيل الثمن من تمام العمل أيضاً فهم مجبرون على تحصيل الثمن (البحر بزيادة). وقد صرحوا في المضاربة بعد التفاسخ أنه إذا كان في المال ربح يجبر المضارب على تقاضي الديون وإلا فلا، ويوكل رب المال بتقاضيه (تكملة رد المحتار).

المادة (١٥٠٥) - (الوكيل بالبيع له أن يقيل البيع بنفسه ولكن لا تنفذ هذه الإقالة في حق موكله ويلزم على اعطاء الثمن للموكل).

للوكيل بالبيع أن يقيل البيع بنفسه قبل قبض ثمن المبيع. يعني ولو كان بلا اذن موكله لأن حقوق العقد عائدة إلى العاقد الذي هو الوكيل. لكن هذه الإقالة لا تنفذ في حق الموكل ويلزم الوكيل اعطاء ثمن المبيع لموكله لأن وكالة الوكيل تنتهي بناء على المادة (١٥٢٦) ببيعه المال. والإقالة بعدئذ هي في حكم بيع جديد بين المشتري والوكيل (الولوالجية، والأنقروي).

كذلك إذا تقايل الموكل والمشتري البيع أيضاً يصح.

سؤال - للوكيل بالبيع الإقالة مع أنه ليس للوكيل بالشراء إقالة البيع بذاته كما هو مذكور في المادة (١٤٩٣). إن الدليل المذكور في شرح هذه المادة جاز في المادة (١٤٩٣) والدليل

المذكور في شرح المادة (١٤٩٣) المذكورة جار في هذه المادة وعليه يلزمه إيجاد فرق. فليتأمل في الجواب؟

قيل (قبل ثمن المبيع). لأنه ليس للوكيل بالبيع إقالة البيع بعد قبض ثمن المبيع من المشتري لأن المقبوض صار ملكاً للموكل ولأن وضع يد الوكيل بالوكالة على المقبوض تثبت يد الموكل وعليه لا يمكن الوكيل أن؟ الموكل بهذه الإقالة (الخانية استنباطاً والهندية، ورد المحتار).

وقوله لا تنفذ هذه الإقالة في حق الموكل. للاحتراز عن الرد بخيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وفساد البيع. وأما هذه فتنفذ في حق الموكل أيضاً.

فعليه إذا رد المشتري المبيع بخيار الشرط أو بخيار الرؤية للوكيل بالبيع. فلهذا أن يرده إلى موكله سواء أكان رد المشترى بحكم الحاكم أم بلا حكم الحاكم. كذلك إذا اشترى المشتري من الوكيل بالبيع مالاً وقبل أن يقبضه، أدعى عيبه فأقر الوكيل بكونه معيباً ورده للوكيل فللوكيل حينئذ رده إلى موكله سواء أكان رد المشترى المذكور بحكم الحاكم أم بدون حكم الحاكم أنظر شرح المادة (الـ ١٤٦١) (الطحطاوي).

أما الرد بفساد البيع، كما إذا باع الوكيل بالبيع بيعاً فاسداً وسلم للمشتري المبيع وأعطى الثمن لموكله بالقبض للوكيل أن يفسخ البيع وأن يسترد الثمن من موكله. ولو لم يكن الموكل راضياً. لأن هذا الرد والفسخ حق للشرع (البحر) أنظر شرح المادة (٣٧٢) (تكملة رد المحتار).

وتعبير الوكيل بالبيع ليس للاحتراز عن الوكيل بالإيجار، لأن الوكيل بالإجارة لو أقال الإجارة قبل استيفاء المنفعة وقبل أخذ الأجرة يجوز كما مر في شرح المادة (١٤٥٩).

الفصل الرابع

في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور

قد بين في الكتب الفقهية بعض قواعد لرجوع المأمور على الآمر بعد إيفائه المأمور به وصرف من ماله على إيفائه

بما أنه بعض مستثنيات إذا أخذت القواعد المذكورة منفردة تخل بكليتها فلنبادر إلى سرد وإيضاح القواعد الآتية الناشئة عن مزج القواعد المذكورة بعضها ببعض.

القاعدة الأولى ـ إذا أوفى أحد من ماله ما هو مطالب به آخر مع الحبس والملازمة أو ما هو واجب عليه وجوباً دنيوياً أو إذا ملك المدفوع إليه الشيء المدفوع في مقابل المال المملوك بأمر ذلك الآخر كان له الرجوع عليه ولو لم يكن ثمة شرط للرجوع كنفقة الأولاد والعيال وأداء الدين وإنشاء الدار وإعطاء بدل الغصب وتكفين المتوفي والهبة بشرط العوض والأمر باعطاء العوض.

إيضاح القيود والأمثلة:

الحبس والملازمة: يخرج بهذا القيد اعطاء البذور والكفارة والزكاة، والأمر بالإحجاج. لأنه وإن كان يطالب بها من تكون لازمة له فلا يكون مطالباً مع الحبس والملازمة ولا يجب عليه الوجوب الدنيوي. لأنه لا يطالب بالهبة والصدقة مع الحبس والملازمة وقد ذكرت نفقة الأولاد والعيال في المادة (١٥٠٨) وأداء الدين في المادة (١٥٠٦) وإنشاء الدار في المادة (١٥٠٨).

إعطاء بدل الغصب، إذا لزم الغاصب اعطاء البدل بناء على غصبه مالاً واستهلاكه إياه فقال لآخر اعط بدل الغصب للمغصوب منه من مالك وأعطاه الآخر رجع على الآمر. لأن المدفوع إليه الذي هو المغصوب منه يملك البدل الذي أخذه في مقابل المال المغصوب منه.

تكفين المتوفي: إذا أمر أحد ورثة المتوفي أحداً بتكفين ميته وكفنه رجع المأمور على الآمر بناء على ما ورد في الرضى (التنقيح) لأن التكفين واجب على الورثة. وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال.

القاعدة الثانية ـ إذا قال الآمر للمأمور: إعط فلاناً كذا درهماً وكان المأمور شريكاً أو خليطاً للآمر أو كان المأمور في عيال الآمر أو قال الآمر اعطها مني أو كان العرف جارياً على الرجوع كما لو كان المأمور صيرفياً يرجع أيضاً بلا شرط الرجوع. وتفسير الخليط أن يكون بينهما أخذ واعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسول هذا أو وكيله يبيع منه أو يقرضه فأنه يرجع على الآمر اجماعاً. إذ الضمان بين الخليطين مشروط عرفاً إذ العرف أنه إذا أمر شريكه أو خليطه بدفع مال إلى غيره بأمره يكون ديناً على الآمر والمعروف كالمشروط. وأفاد التعليل بالضمان عرفاً أن ما يرى به العرف في الرجوع على الآمر يرجع وإن لم يكن خليطاً ولا في عياله ولذا أثبتوا الرجوع للصيرفي.

القاعدة الثالثة ـ لو قال أحد لآخر اعط فلاناً من مالك كذا درهماً هبة أو قرضاً أو عوضاً للهبة التي أعطاني إياها أو كفارة عن قسمي أو زكاة مالي أو أرسل فلاناً للحج بدلاً عني وشرط الرجوع يعني قال إنني أعطيتك إياه بعد ذلك رجع وإلا فليس له رجوع. ولو كان المأمور خليطاً أو قال الآمر اعطيه مني (تكملة ردِ المحتار في الهبة، والتنقيح في الكفالة، والدر المختار ورد المحتار قبيل كفالة الرجلين) قد بينت هنا الإيضاحات التي وعدنا في شرح المادة (٨٦٨).

المادة (١٥٠٦) ـ (إذا أمر أحد غيره بأداء دين عليه لرجل أو لبيت المال، وأداه المأمور من ماله، فإنه يرجع على الآمر شرط الآمر رجوعه أو لم يشترط. يعني سواء شرط الآمر رجوع المأمور بأن قال مثلاً: إد ديني على أن أوديه لك بعد. أو فِ ديني وبعده خذه مني أو لم يشترط ذلك بأن قال فقط أدِّ ديني).

ضابط: يرجع المأمور باداء الدين بعد الاداء على آمره. ولو لم يذكر شرط الرجوع. لأن

المأمور بأداء الدين مأمور ووكيل بشراء الدين الثابت للدائن في ذمة الآمر من الدائن أنظر المادة (١٤٧١) (البحر).

الشروط الثلاثة التي تقتضي الرجوع بلا شرط:

الشرط الأول ـ أمر المدين. وعليه إذا أوفى أحد دين مدين بلا أمره كان متبرعاً ولا يحسب ذلك مما عليه من الدين لذلك (صرة الفتاوى)

كذلك لو أعطى أحد فرساً لآخر وقال له: بع هذه وف بثمنها ما عليّ من الدين لفلان واعطى المأمور ذلك الدين من ماله قبل أن يبيع الفرس كان متبرعاً (الهندية)

قد ذكر بعض الإيضاحات المتعلقة بذلك في شرح المادة (٧٢٥).

الشرط الثاني ـ دين. فإذا لم يوجد دين فليس له الرجوع كما في المادة (١٥٠٩).

الشرط الثالث ـ إيفاء. ليس له الرجوع قبل الإيفاء؛ يعني اداء الدين يثبت باقرار الدائن أو نكوله عن اليمين أو بالبينة العادلة. ولا يثبت الاداء في حق المأمور أو الدائن باقرار الآمر مع تصديق المأمور.

وعليه إذا صدق الآمر أن المأمور أدى الدين بناء على آمره وحلف الدائن على أنه لم يأخذه وأخذ دينه من الآمر فليس للمأمور كما هو مبين في الجامع الرجوع على الآمر. لأن المأمور على ما ذكر آنفاً له الرجوع إذا بقي المال الذي في ذمة الآمر سالماً للآمر. كالمشتري إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى الآمر إذا سلم الآمر ما اشترى، أما إذا لم يسلم (البحر) أمره بقضاء دينه من ماله فأدعاه، وكذبه الطالب والموكل ولا بينة فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على نفي الموكل العلم وإن صدق الموكل, دون الطالب رجع عليه بما أدعاه ويرجع عليه أيضاً بدينه (القدوري) وفي الجامع لا رجوع للوكيل على موكله ولو صدقه والأول أشبه كما في البدائع (تكملة رد المحتار).

إذا أقام المأمور البينة على قضاء الدين قبلت بينته وبرئ الآمر من دين الطالب ويثبت للمأمور حق الرجوع على آمره (ابن عابدين على البحر).

وإذا كان الدائن غائباً تقبل بينة المأمور هذه أيضاً في مواجهة المدين. لأن الدائن وإن كان غائباً عنه لكنه خصم حاضر فإن المدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر. لأنه ما لم يقض دينه لا يجب عليه شيء وبينهما اتصال أيضاً وهو الآمر وبعد السببية والاتصال ينتصب خصماً.

لكن إذا صدق الآمر كون المأمور قد أوفى الدين وكان الدائن غائباً أجبر الآمر على اعطاء المبلغ المذكور للمأمور وليس للآمر أن يمتنع من إداء المبلغ المذكور للمأمور بداعي أنه يجوز أن ينكر دائني القبض عند حضوره ويأخذه مني أنظر المادة (٧٤).

لكن لو جاء الدائن مؤخراً وأنكر قبضه من المأمور وأخذه من الآمر يسترد الآمر ما أعطاه للمأمور (البحر، الطحطاوي، فتاوى ابن نجيم).

ولا يكون مانعاً للرجوع تصديقه مقدماً. مثلاً لو أمر أحد آخر بوفاء الدين الذي عليه لشخص أو الدين الذي عليه لبيت المال، وأوفاه الآخر من ماله فله الرجوع بعد ذلك على آمره وبعبارة أخرى يأخذ ما أعطاه من الآمر سواء أشرط الآمر الرجوع أم لم يشرط. يعني سواء أشرط الرجوع عليه للمأمور كأن يقول اعط فلاناً أو بيت المال كذا درهماً ديناً عني على أن تأخذه مني بعد ذلك لو قال اعط أنت وبعد ذلك أنا أعطيك أم لم يشترط كأن يقول اعط ديني فقط. كذلك لو قال أحد لآخر: اعط فلاناً عني ألف درهم وأعطاه الآخر بناء على هذا الأمر رجع المأمور على الآمر. لأن هذا الأمر يشعر بأن للآمر ديناً على المأمور فيرجع المأمور بمقتضى المادة الآنفة على الآمر (صرة الفتاوى)

قاعدة: لو أعطى المأمور بالإنفاق مالاً من أمره لأجل الإنفاق وأنفق من ماله مع وجود ذلك المال المعطى إليه وأمسكه في يده ولم يضف العقد لماله ونوى حين انفاقه الرجوع على آمره فلا يكون متبرعاً ويقع التقاص.

إيضاح القيود التي في القاعدة:

١ ـ المأمور بالإنفاق ـ هو الشخص الذي يأمره شخص آخر بالانفاق على أهله أو أبنائه أو باداء دينه أو بالتصديق أو بشراء مال.

٢ ـ وهو موجود في يده ـ لأنه إذا كان المال الذي أعطي للمأمور قد استهلك يكون المأمور متبرعاً في انفاقه. ولو كان المأمور قد استهلكه في حوائجه. مثلاً لو أعطي أحد عشر دنانير على أن يؤدي سداد الدين الذي لفلان وأنفق الآخر العشرة دنانير في أموره واستهلكها وأعطى بعد ذلك عشر دنانير من ماله لذلك الدائن كان بهذه التأدية متبرعاً وللآمر أن يضمن مأموره العشرة دنانير.

٣ ـ ولم يضف العقد إلى ماله ـ أما لو أضاف المأمور العقد إلى ماله وكان المأمور به اشتراء مال كان المال المشترى للوكيل. ويضمن الوكيل المال الذي أخذه من موكله. أنظر شرح المادة (١٤٨٦) (تكملة رد المحتار).

مسائل أخرى تثبت حق الرجوع:

المسألة الأولى ـ لو طلب أحد من آخر مقداراً من النقود جبراً وأزعجه بذلك وأمر المطلوب منه آخر أن يدفع لذلك الشخص المبلغ المذكور ودفع المأمور إليه ذلك المبلغ بمقتضى هذا الأمر رجع على الآمر ولو لم يشترط الرجوع (صرة الفتاوى).

كذلك لو صودرت جماعة أي لو طلب منهم بعض الظلمة كقطاع الطريق أموالاً وقالوا لأحد استقرضْ واد لهم الأموال واستقرض ذلك بمقتضى هذا الأمر وصرفها على المصادرة يأخذ المقرض قرضه من ذلك الشخص وهذا يأخذه من الجماعة المذكورة ولا لزوم لشرط الرجوع (الأنقروي).

المسألة الثانية ـ لو أدى أحد الورثة أو الوصي دين المتوفي من ماله فله الرجوع على التركة. يعني يأخذ النقود التي أداها من تركة المتوفي (علي أفندي وهامش البهجة).

المسألة الثالثة ـ لو نفذ الوصي وصية المتوفي من مال نفسه رجع على كل حال على تركة المتوفي (الطحطاوي).

المسألة الرابعة ـ لو اتفق الوصي على اليتيم من ماله لضياع مال اليتيم وعدم وجود والدته له الرجوع على قول سواء أشهد حين الإنفاق على أن انفاقه قرض وأنه بعد ذلك أم لم يشهد (الدر المنتقى وتكملة رد المحتار).

المادة (١٥٠٧) ـ (المأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة إذا أعطى الدائن دراهم خالصة فانه يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة والمأمور بايفاء الدين بدراهم خالصة إذا أدى الدين بدراهم مغشوشة فانه يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة أيضاً. أما لو كان مأموراً بإيفاء الدين فباع ماله للدائن وقاصه بدين الآمر فأنه يرجع عليه بمثل الدين بالغاً ما بلغ، حتى لو كان المأمور قد باع ماله من الدائن بأكثر من قيمته فليس للآمر المدين أن يحط الزيادة من دينه).

المأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة إذا أعطى الدائن دراهم خالصة فأنه يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة ويكون متبرعاً في وصف الخلوص المذكور. لأن نفس الاداء لما كان بأمره ووصف الخلوص بلا أمر عدت الجهة التي بلا أمر تبرعاً.

والمأمور بايفاء الدين بدراهم خالصة إذا أدى الدين بدراهم مغشوشة فأنه يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة أيضاً. لأن الدائن لما قبل بالمغشوشة فيكون قد أبرأ مدينه من حقه فيها خالصة فيستفيد المدين من هذا الإبراء.

حتى أنه لو قال له اعط كذا درهماً لبيت المال وفاء الدين الذي عليّ دراهم خالصة وأعطاه بهذا المقدار دراهم خالصة وأدى عنه الدين بدراهم مغشوشة واستهلك الدراهم الخالصة في حوائجه الخصوصية يعطي مثل تلك الدراهم المغشوشة للمأمور ويأخذ دراهمه الخالصة (علي أفندي).

وخلاصة الكلام أن المؤدى: إذا كان أجود من المأمور به رجع المأمور بالمأمور به وبالعكس إذا كان المؤدى أرادأ من المأمور به رجع بالمؤدى. أما المأمور باداء دين إذا باع ماله من الدائن وجعل تقاصاً بدين الآمر أخذ من الآمر مقدار الدين مهما كان. وليس للمدين أن يقول إذا كان بدل وقيمة المال الذي باعه أقل من الدين إنني أعطيه البدل أو القيمة. لأن الربح والضرر الحاصلين في هذه الصورة راجعان إلى من تولى العقد وباشره. ولا يضر بغيرهم كما لا يفيدهم. وعليه إذا باع ماله من الدائن بأزيد من قيمته فليس للآمر المدين أن ينزل تلك الزيادة من دينه.

كذلك لو أدى محل الدراهم دنانير ومحل الدنانير دراهم يأخذ الجنس الذي أمر بادائه. فلو

أمر أحد آخر قائلاً اعط من مالك فلاناً خمسة عشر ريالاً فضياً فأعطى بدلاً عن الدين المذكور ذهبتين من ذات المائة برضاء المدين رجع ذلك الشخص على آمره بخمسة عشر ريالاً فضياً وليس للآمر أن يقول ارجع بذهبتين (البهجة).

أما في الكفالة فلا اعتبار للمؤدى والإعتبار للمأمور به ويستثنى الصلح عن بعض الدين ويرجع الكفيل في هذه الصورة ببدل الصلح. والفرق كان قد بين في شرح المادة (٦٥٧).

المادة (١٥٠٨) ـ (إذا أمر واحد آخر أن ينفق عليه أو على أهله وعياله فإنه يرجع على الآمر بمثل ما أنفقه بقدر المعروف وإن لم يكن قد اشترط رجوعه بقوله انفق وأنا أعطيك النفقة كذلك لو أمره بانشاء دراه فأنشأها المأمور فإنه يرجع على الآمر بما أنفقه بقدر المعروف وإن لم يشترط رجوعه).

إذا أمر واحد آخر أن ينفق عليه أو على أهله وعياله فانه يرجع هو أو وراثه إن توفي على الآمر أو على تركته إن توفي الآمر بمثل ما أنفقه بقدر المعروف. وإذا أقر الآمر بأنه أمر ذلك الشخص بالإنفاق على ذلك الوجه ولكنه أنكر انفاق المأمور أو أقر بانفاقه مقداراً وأنكر انفاق الباقي يجبر المأمور على اثبات كونه قد أنفق على وجه أمر الآمر وإن لم يمكنه فالقول مع اليمين للآمر على كونه لا يعلم انفاقه. أنظر (٨) كذلك إذا أنكر أحد الامر والإنفاق معاً فيلزم أن تحل المسألة باثباتها كليهما بالبينة أو باليمين.

إذا أدعى المأمور أنه قد أنفق بمقتضى أمر الآمر فلا يلزمه أن يبين الجهات التي أنفق فيها وتفصيل ما أنفق أفراداً (صرة الفتاوى).

أما إذا أعطى الآمر للمأمور ألف درهم ليصرفها واختلف الآمر والمأمور فقال الآمر للمأمور أنك صرفت خمسمائة ررهم وقال المأمور إنني صرفت ألف درهم فالقول مع اليمين للمأمور. أنظر المادتين (١٤٦٣ و ١٧٧٤) (صرة الفتاوى والفيضية، وهامش البهجة).

كذلك لو أمره بانشاء دراه فأنشأها المأمور فأنه يرجع على الآمر بما أنفقه بقدر المعروف ولو لم يشترط الرجوع قبل القدر المعروف. إذا اتفق الطرفان على قدر النفقات يأخذ المأمور ذلك القدر. وإذا اختلفا فأدعى الآمر النقصان والمأمور الزيادة يكشف على البناء من أهل الخبرة وأرباب الوقوف. فمن وافق أهل الخبرة على أقواله كان القول قوله. وإذا اختلفوا فالقول مع اليمين لمنكر الزيادة والبينة على من يدعيها.

إيضاح للآمر أنشِئْ داري.

يوجد أربع صور فيها إذا أنشأ أحد دار آخر:

١ ـ إنشاء الدار بأمر صاحب الدار لصاحبها. وعليه لو عمر أو بنى أحد درار زوجته أو ملكاً آخر لها ككرمها أو بستانها لأجلها وكانت العمارة والبناء بأمر زوجته كانت العمارة والبناء ملكاً

للزوجة ويأخذ الزوج نفقاته بمقتضى هذه المادة من الزوجة.

٢ ـ المنشئ لنفسه بأمر صاحب الدار والعرصة. لو أنشأ الزوج في عرصة زوجته لنفسه داراً باذنها كان هذا الإذن إما اعارة أو اجارة وقد مرت أحكامها في المادتين (٥٣١ و٨٣١). والواقع أنه وإن قال صاحب مجمع الأنهر قبل كتاب الفرائض، ففي الفرائد ينبغي أن تكون العمارة في هذه الصورة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ إن طلبته فبما أنه مخالف لمواد المجلة المارة الذكر فمن البديهي أن لا يعمل به.

٣ ـ لو أنشأ أحد داراً أو عمرها لصاحبها بدون أمره كان البناء أو العمارة لصاحب العرصة أو الدار ويكون المنشئ متبرعاً فيما أنفقه على عمارته إياها

٤ ـ أن ينشئ أحد داراً لنفسه بدون أمر صاحب العرصة أو الدار. فلو أنشأ الزوج بناء لنفسه مثلاً بآلاته وأدواته ولوازمه في عرصة زوجته بدون اذنها فالبناء للزوج وبما أن الزوج يكون قد غصب عرصة زوجته فيجبر الزوج على تفريغ العرصة لدى مطالبة الزوجة بذلك. أنظر المادة (٩٠٦) وشرحها. لأن الآلة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصباً للعرصة وشاغلاً ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك كما في التبيين (مجمع الأنهر).

وإذا اختلف الزوج والزوجة في حصول الأمر بالبناء والتعمير ولم يوجد بينة عند الطرفين فالقول مع اليمين لمنكر الامر. وإذا اختلف الزوج والزوجة فقال الزوج بنيت وعمرت لنفسي وقالت الزوجة بنيت وعمرت لأجلي. فالقول للزوج (رد المحتار، الأنقروي).

إيضاح الإذن المعطى للمستأجر لتعمير المأجور:

لو أمر صاحب الدار المستأجر قائلاً: ابن الدار واعمرها واحسب ذلك من الأجرة وأدعى المستأجر بعد ذلك قائلاً: قد بنيت وعمرت. وأنكر المؤجر فالقول للمؤجر. ولا يقبل ادعاء المستأجر ما لم يقم البينة. كذلك كل مدين وغاصب إذا أدعى الدفع بعد الإذن إنما يبرأ بالبينة. أما الأمين المأذون بالدفع إذا أدعى الدفع فيقبل قوله (البحر)

إذا أقر المؤجر بالبناء والتعمير لكن اختلفا في مقدار الإنفاق يحصل الكشف على البناء من أهل الخبرة. فمن وافق أهل الخبرة على قوله منهم كان القول له أما إذا اختلف أهل الخبرة يعني إذا قال بعضهم: إن التعمير بني بالنقود التي أدعاها المستأجر وقال البعض الآخر بأنها تبنى بالنقود التي أدعاها المؤجر فالقول مع اليمين لمنكر الزيادة والبينة على من يدعيها (علي أفندي)

مسائل أخرى متفرعة من كون الإنفاق بدون أمر تبرعاً:

المسألة الأولى ـ لو أنفق أحد على عرس آخر بلا إذنه كان متبرعاً. (هامش البهجة)

المسألة الثانية ـ لو أنفق أحد على فرس آخر بلا أمر كان متبرعاً. (هامش البهجة)

مثلاً لو أنفق المستأجر بلا أمر المؤجر على الحيوان المأجور لعلفه كان متبرعاً. فليس له أن

يأخذ ثمنه بعد ذلك من صاحبه. أنظر المادة (٥٦١)

المسألة الثالثة ـ لو قام أحد من الراهن والمرتهن بما على الآخر من النفقات بنفسه كان ذلك تبرعاً. وليس له المطالبة به أنظر المادة (٧٢٥)

المسألة الرابعة ـ لو أنفق المستودع بدون أمر الحاكم على الحيوانات الوديعة عنده في غياب المودع كان متبرعاً. وليس به بعد ذلك أخذ ما أنفق من المودع أنظر المادة (٧٨٦)

المادة (١٥٠٩) ـ (لو أمر واحد آخر بقوله: اقرضْ فلاناً كذا درهماً أو هبه إياها أو تصدق عليه بها وبعده أنا أعطيك ففعل المأمور فأنه يرجع على الآمر. أما إذا لم يشترط الرجوع بقوله مثلاً أنا أعطيك أو خذه مني بعد ذلك. بل قال فقط اعط فليس للمأمور الرجوع ولكن لو كان رجوع المأمور متعارفاً ومعتاداً بأن كان في عيال الآمر أو شريكه فإنه يرجع وإن لم يشترط الرجوع).

لو أمر واحد آخر بقوله له اقرض فلاناً كذا درهماً أو هبه إياها أو تصدق عليه بها أو اعطه عوض الهبة التي كان قد أعطاني إياها وبعده أنا أعطيك ففعل المأمور فأنه يرجع على الآمر (صرة الفتاوى).

وهذه الهبة تكون قد وقعت من الآمر، وعليه فللآمر الرجوع عن هبته وليس للمأمور الرجوع عنها (الخانية).

وعليه لو قال أحد لآخر: اعط فلاناً عشرة دراهم في كل يوم وإنني أضمنها لك بعد ذلك. فاعطى ذلك الشخص في كل يوم عشرة دراهم وتراكمت مبالغ كثيرة كان ذلك الشخص ضامناً ولا يلتفت إلى قول ذلك الشخص «لم يكن مرادي أمرك باعطائه مبالغ كثيرة كهذه» (الهندية في الكفالة في الفصل الأول من الباب الثاني).

كذلك لو قال أحد لآخر: اعط خادمي هذا أربع أذرع جوخ ليلبسها هو وبعد ذلك اعطيك قيمتها واعطى ذلك الشخص تؤخذ قيمة الجوخ من ذلك الشخص. وليس من خادمه (علي أفندي قبيل فيما يصح من الكفالة وما لا يصح).

أما إذا لم يشترط الرجوع بقوله مثلاً: أنا أعطيك أو خذه مني بعد ذلك أو أنا ضامن لك أو كفيل أو أن ذلك المبلغ عليّ بل قال فقط اعط فليس للمأمور الرجوع وتكون الهبة واقعة من الآمر وعليه يكون للآمر الرجوع عن الهبة. وليس للمأمور الرجوع عنها (صرة الفتاوى، الأنقروي، الفيضية).

ولكن لو كان رجوع المأمور متعارفاً ومعتاداً بأن كان في عيال الآمر كالزوجة والابن والأجير أو شريكه أو صيرفي أو خليطه فأنه يرجع وإن لم يشترط الرجوع، انظر المادة (٣٦). والمراد بالخليط هنا هو الشخص أي المأمور الذي يكون بينه وبين الآمر أخذ وعطاء وإقراض واستقراض وإيداع

وقد اعتيد أنه كلما ذهب رسول أحدهما أو وكيله للآخر باع ذلك الوكيل أو الرسول وأقرضه (صرة الفتاوى، الفيضية).

كذلك لو قال أحد لآخر: إد فلاناً ما يطلب له من الدين من فلان وأنا ضامن فأدى ذلك الشخص الدين فله الرجوع على الآمر. أما إذا لم يشترط الرجوع بوجه ما كقوله أنا ضامن فليس له رجوع.

كذا لو قال لآخر: أكفل الدين الذي على فلان لفلان وكفل الآخر فليس للمأمور الرجوع على الآمر (صرة الفتاوى)

المادة (١٥١٠) - (لا ينفذ أمر أحد إلا في ملكه فلو قال لآخر: خذ هذا المال والقه في البحر فأخذه المأمور وألقاه في البحر وهو عالم بأنه لغير الآمر فلصاحب المال أن يضمن الذي القاه ولا شيء على الآمر ما لم يكن مجبراً).

لا ينفذ أمر أحد إلا في حق ملكه. أما في حق ملك الغير فلا ينفذ وهو باطل. أنظر المادة (٩٥) وشرحها.

وعليه لو قال أحد لآخر الق هذا المال في البحر مشيراً إلى مال له فرماه المأمور أيضاً ثم ندم الآمر فليس له تضمين الملقي:

أما لو قال أحد الق هذا المال في البحر وألقاه المأمور في البحر وهو عالم بأنه لغير الآمر فلصاحبه تضمين ذلك المال بمقتضى المادة (الـ ٩١٢).

ولا يلزم الآمر شيء ما لم يكن مجبراً، وبعبارة أخرى ما لم يكن مكرهاً باكراه معتبر. كذلك لو قال الدائن لمدينه اعط ما لي عليك من الدين لمن شئت أو القه في البحر فلا يكون هذا الأمر صحيحاً ولا يبرأ المدين من الدين. لأن النقود التي ألقاها المدين في البحر ما لم يقبضها الدائن بعد لا تكون ملكاً للدائن ولذلك كان أمره فيها غير معتبر (البهجة).

لكن إذا لم يكن المأمور عالماً بكون المال لغير الآمر وظن أمره صحيحاً فيه فألقاه في البحر يضمن صاحب المال الملقى أيضاً لكن يرجع الملقي على الآمر لكونه قد غرر به.

ويشير بقوله (ما لم يكن مجبراً) إلى أنه لو كان مجبراً إنما الضمان المجبر كما هو مبين في المادة (١٠٠٧) حيث إن المكره هنا كالآلة (رد المحتار).

المادة (١٥١١) - (لو أمر واحد آخر أن يؤدي دينه بقوله: ادِّ ديني وقدره كذا من مالك فوعده بأدائه ثم امتنع عن الأداء فلا يجبر عليه بمجرد وعده).

لو أمر واحد آخر بقوله اد ديني البالغ كذا درهماً من مالك. سواء أشرط الرجوع بقوله

أعطيك إياه بعد ذلك أم لم يشرط. فوعده باداته أيضاً ثم امتنع عن الاداء فلا يجبر عليه بمجرد وعده. لأن الوعد المجرد الذي لا يكتسي صور التعليق لا يكون لازماً (البهجة، وتكملة رد المحتار).

المادة (١٥١٢) - (إذا كان للآمر دين في ذمة المأمور أو كان له عنده وديعة من النقود وأمره أن يؤدي دينه منها فإنه يجبر على ادائه. أما لو قال: بع مالي الفلاني واد ديني فلا يجبر عليه إذا كان المأمور وكيلاً متبرعاً وإن كان وكيلاً بالأجرة يجبر على بيع المال وأداء دين الآمر).

إذا كان للآمر دين في ذمة المأمور أو كان له عنده وديعة من النقود وأمره أن يؤدي دينه منها فإنه يجبر على ادائه. سواء أكان الآمر غائباً أم كان حاضراً (التنقيح) ولا يشترط في ذلك قبول المأمور. لأن المأمور في هذا ليس وكيلاً للآمر وحتى يقال بلزوم القبول بعد الإيجاب في الوكالة. لأنه إذا كان للآمر عند المأمور دين فالمأمور مجبر على ادائه كما أن الدائن قد أصبح وكيلاً بالقبض من طرف الآمر فصار المأمور مجبراً بالاداء له بصفته وكيلاً بالقبض عن الآمر.

فعليه إذا أقر المأمور أن للآمر ديناً عليه أو له عنده وديعة يجبر على الإعطاء على وجه هذه المادة، أما إذا كان منكراً فبما أنه ليس بين المأمور وبين الدائن الذي سيقبض منه حق الخصومة على ما هو مبين في المادة (١٥٢٠) فالظاهر أن ليس له مع المأمور واثبات الدين عليه. ومع ذلك يلزم نقل ليعلم بهذه المسألة. كذلك إذا كان للآمر على المأمور دين لزم المأمور ردها للآمر بمقتضى المادة (٨٩٤) كما أنه يجبر على رده لدائن الآمر إذا كان وكيلاً بقبض الوديعة.

والحال أنه يشترط في المادة (٦٨٠) من المجلة وما يتلوها من المواد قبول المحال عليه في الحوالة ولم يشترط ذلك هنا والفرق هو أنه لما كان المحال عليه في الحوالة يصبح مديناً فلا يلزمه الدين ما لم يقبل الحوالة ويلزم الدين، أما في هذه المادة فلا يصبح المأمور مديناً ويصبح الإثنان متساويين من حيث النتيجة والحكم بسبب كونهما مجبورين على اداء الدين. وعليه هل يوجد فرق مادة بين أن يكون مديناً ومجبراً على الاداء وبين أن يكون غير مدين ومجبر على ذلك[1]؟

سؤال - قد صرح في المادة (١٥٢٠) أنه ليس للوكيل بالقبض حق الخصومة فإذا كانت عبارة (يجبر) الواردة في هذه المادة تفيد معنى جبر الحاكم لا يكون هذا مخالفاً لتلك المادة؟

---

(١) رجل كرى جمالاً إلى بلخ وحمل حمولات على الجمال وأمر الجمال بتسليم الحمولات إلى وكيله ببلخ وبقبض الكراء منه فجاء الجمال بالحمولات إلى الوكيل ببلخ فقبل الوكيل الحمولات وأدى بعض الكراء وامتنع عن اداء الباقي قال إن كان لصاحب الحمولات دين على الوكيل وهو يقر بالدين والآمر يجبر على دفع الباقي من الكراء وإن أنكر الآمر يحلف بالله ما يعلم ان صاحب الحمولات أمره بالقبض وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر (تكملة رد المحتار).

الجواب ـ إذا كان مقراً بالدين فلا خصومة في الظاهر واجبار الحاكم من قبيل المعونة.

أما لو قال بع مالي الفلاني واد ديني يكون المأمور وكيلاً بالبيع فإذا لم يقبل المأمور الوكالة فلا يلزمه شيء وإذا قبلها وكان متبرعاً فلا يجبر على البيع، لأنه لا اجبار على المتبرع لكن إذا باع المأمور ذلك المال وقبض ثمنه يجبر على اعطاء الدائن من ذلك المال، هذه المسألة من فروع الفقرة الأولى من هذه المادة.

وإذا كان الوكيل بالأجرة يجبر على بيع المال وأن يؤدي دين الآمر. لأن الوكيل بالأجرة أجير، وبما أن عقد لازم فيجبر إذا امتنع من ايفاء العمل (البهجة، الفيضية، صرة الفتاوى، رد المحتار بزيادة).

يفهم من هذه الإيضاحات أن حق اجبار الوكيل هو للمدين الموكل وليس للدائن وعليه ليس للدائن أن يقول للوكيل بع المال وف منه ديني.

المادة (١٥١٣) ـ (إذا أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم وقال: اعطها لدائني فلان فليس لسائر غرماء الآمر صلاحية أن يأخذوا من تلك الدراهم حصة وليس للمأمور أن يعطي تلك الدراهم إلا للدائن الذي عينه له الآمر).

إذا أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم وقال: أعطها لدائني فلان فليس لسائر غرماء الآمر صلاحية أن يأخذوا من تلك الدراهم حصة على سبيل قسمة الغرماء. لأن للمدين أن يرجح في حال صحته وعدم صيرورته في مرض الموت بعض دائنيه على بعض كما أن للآمر أن يسترده من المأمور. إذا لم يعطه إلى الشخص الذي أمر الدائن باعطائه إياه. يعني لو أعطى أحد لآخر نقوداً قائلاً؛ اعطها إلى دائني فلان فلذلك المعطي أن يسترد من المأمور نقوده قبل أن يعطيها إلى الدائن لأن ذلك الشخص وكيله فله عزله (جامع الفصولين في الفصل ٣٤)

المادة (١٥١٤) ـ (لو أعطى أحد مقداراً من الدراهم على أن يؤدي دينه وقبل أن يعطي المأمور الدائن ذلك المبلغ ويوصله إليه لو علم موت الآمر ترجع تلك الدراهم إلى تركة الآمر ويلزم الدائن أن يراجع التركة).

ولا يمكن للمأمور اعطاء ذلك للدائن. وإن فعل كان ضامناً. لأن الوكيل ينعزل بوفاة الموكل بمقتضى المادة (١٥٢٧).

وقد وضح في شرح المادة (٨٠٢) لمن يلزم تسليم أمانة كهذه بعد وفاة الموكل. وعلى الدائن الرجوع على التركة لاستيفاء دينه منها ولا يمكن أن يأخذ تلك النقود من المأمور (البهجة)

إلا أنه قد بين في شرح المادة (٨٨١) بأن الآخذ إذا كان باذن الشرع فلا يلزم ضمان.

وقد بين ذلك في المسألة الثالثة من شرح المادة المذكورة فلذلك كان يجب حسب تلك المسألة ألا يلزم المأمور الضمان فيما لو أعطى المأمور الدين بعد وفاة الآمر للدائن فليتأمل في الفرق والجواب.

المادة (١٥١٥) - (لو أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم على أن يعطيها لدائنه حال كونه قد نهاه عن تسليمها بقوله لا تسلمها له ما لم تظهر بها سندي الذي هو في يد الدائن أو تأخذ منه ايصالاً يشعر بقبضها فإذا سلمها من دون أن يفعل كما أمره وأنكرها الدائن ولم يثبت قبضها وأخذها الدائن ثانياً من الآمر فله أن يضمنها للمأمور).

لو أعطى أحد آخر مقداراً من الدراهم على أن يعطيها لدائنه ونهاه عن تسليمها ما لم يظهر بها السند الذي في يد الدائن أو يأخذ منه ايصالاً بشعر بقبضها أو ما لم يكن فلان حاضراً أو شهود موجودة فسلمها المأمور إلى الدائن من دون أن يظهر السند بها أو من دون أن يأخذ الإيصال أو لم بكن فلان حاضراً أو شهود موجودىن وأنكرها الدائن ولم يمكنه اثبات قبضه وأخذها الدائن ثانية من الآمر بعد حلفه اليمين على أنه لم يقبضها، فللآمر أن يضمنها المأمور أنظر المادة (١٤٥٦) وشرحها. لكن إذا قال المأمور قد أعطيته إياها وفلان حاضر أو الشهود حاضرون وأنكر الدائن القبض يحلف الوكيل أي المأمور على كونه قد أعطاه في حضرة الشهود فإن حلف فلا يلزمه ضمان (تكملة رد المحتار)

ولا فائدة في قول المأمور: أخذت ايصالاً لكنه ضاع مني (صرة الفتاوى)[1]

قد أوردت المجلة التقييد مع النهي لأنه لو قال المدين عندما سلم الدراهم للمأمور ظهر على السند أو خذ ايصالاً ولم ينهه عن اداء الدراهم ما لم يظهر السند أو يأخذ ايصالاً فأعطى المأمور الدراهم بدون أن يظهر السند أو يأخذ إيصالاً أو أخذ ايصالاً وقال انه فقد مني لا يلزمه ضمان، أنظر شرح المادة (الـ ١٤٥٦)

لأنه إذا أمر المدين بقوله ظهر سندي لدى دفع النقود أو خذه وثيقة بها لكنه لم ينهه عن الإعطاء إذا لم يظهر السند بها وأعطاها المأمور من دون أن يظهر السند أو يأخذ وثيقة وقال، أخذت وثيقة وفقدت من يدي فلا يلزمه ضمان (التنقيح، وصرة الفتاوى، والبهجة).

الفصل الخامس

- في الخصومة أي في حق الوكالة بالمرافعة

الخصومة لغة، الجدل والمنازعة، وشرعاً جواب الخصم بالإقرار أو الإنكار. أنظر شرح المادة (٦١) حكم الوكالة بالخصومة:

(١) ما الفرق بين المسألتين فليحرر؟

إذا ثبت الحق المدعى به على الموكل فلا يلزم أداءه الوكيل بالخصومة. ولا يحبس الوكيل بسبب ذلك. لو كان الوكيل عاماً. لأن الوكالة بالخصومة لا تستلزم جبر الوكيل بالخصومة على اداء الحق والضمان (البحر بتغيير).

المادة (١٥١٦) ـ (لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر)

أي لهما أن يوكلا بالخصومة في الحقوق. يعني يجوز توكيلهما (الدرر). سواء كان الموكل مريضاً أو بعيداً مدة السفر أو لم يكن.

ويشير بقوله (من شاء) إلى المسائل الآتية

أولاً ـ للمسلم أن يوكل غير المسلم ولغير المسلم أن يوكل المسلم ولو أحد رعايا الدولة أن يوكل أجنبياً.

ثانياً ـ إذا وكل أحد صبياً مميزاً جاز كما أنه لو وكل قاضياً جاز أيضاً. وعلى هذا الوجه لو وكل القاضي وانفصل بعدئذ من وظيفته بقيت الوكالة (البحر).

ثالثاً ـ للمدعى وللمدعي عليه أن ينصبا وكيلين عنهما ويتحاكم هذان الوكيلان (التنقيح). لأنه لا يمكن لكل أحد أن يهتدي إلى وجوه الخصومات والمرافعات فيحتاج إلى توكيل غيره. أنظر المادة (٣٢).

قيل (في الحقوق). فكما أن لهما تعيين وكيل بجميع الحقوق فلهما تعيين وكيل ببعضها أيضاً (البحر).

اختلاف الفقهاء في لزوم التوكيل بالخصومة:

وإن كان لا يوجد شبهة واختلاف في أن لكل أن يوكل من شاء بالخصومة أي في جواز التوكيل فقد اختلف في لزوم التوكيل بدون رضاء الخصم، ويشمل لفظ الخصم الطالب والمطلوب (تكملة رد المحتار).

ولا تلزم الوكالة بالخصومة عند الإمام الأعظم بدون رضاء الخصم ما لم يكن ثمة عذر للموكل كالمرض والسفر، وترد الوكالة برد الخصم. لأن الخصم مجبور على مجاوبة المدعي ولذلك يلزم احضاره إلى المحكمة ولما كان الناس متفاوتين في الخصومة فالقول بلزوم الوكالة بدون رضاء الخصم موجب لضرره (البحر). والضرر ممنوع أنظر المادة (١٩)[١]

وتلزم الوكالة بالخصومة عند الإمامين وإن لم يرض الخصم ولا ترد الوكالة بناء على ذلك

(١) فرب مبطل يحسن التعبير وبصورة الباطل حقاً ورب محق لا يحسن التعبير لحصول حقه فتتوجه الخصومة عليه (تكملة رد المحتار).

بردها من الخصم لأن الموكل لما كان يتصرف في حقه الخالص[١] فلا يتوقف على رضاء الغير كالتوكيل بتقاضي الديون (البحر، تكملة رد المحتار).

وقد فوض قبول الوكالة وعدم قبولها عند المشايخ المتأخرين لرأي القاضي. فإذا علم القاضي بأن الخصم متعنت في قبول التوكيل قبل الوكالة. أما إذا علم بكون الموكل يريد بتوكيله آخر الخصومة الإضرار بخصمه فلا يقبل الوكالة التي بلا رضاء الخصم.

ويفهم من قول المجلة ولا يشترط رضاء الآخر أنها قبلت مذهب الإمامين. وقد قالت الأئمة الثلاثة بذلك أيضاً كما أن الفقيه أبا الليث قال بأن الفتوى على ذلك.

وتكون الوكالة بالخصومة على نوعين:

١ ـ التسجيل: يكون بتسجيل الوكالة في المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أو بتسجيلها في محكمة أخرى وتبرز للمحكمة الحجة الشرعية المحتوية على صورة التسجيل والمصدقة من دائرة الفتوى.

وتوضح فيما يلي صورة تسجيل الوكالة بالخصومة. وهي:

يأتي الموكل مع من ينصبه وكيلاً إلى مجلس القاضي فيقول الموكل. قد وكلت هذا الشخص للمرافعة مع فلان فإذا كان الخصم موجوداً في حضور القاضي أيضاً يقبل القاضي الوكالة ويسجلها ولو لم يعرف اسم الموكل ونسبه. أما إذا كان ذلك الشخص غائباً يقبل القاضي الوكالة أيضاً إذ علم باسم الموكل ونسبه. وإذا لم يكن عالماً باسمه ونسبه يطلب من الموكل شاهدين. فإذا أثبت بهذين الشاهدين قبل الوكالة. وإلا فلا. لأنه يجوز أن ينتحل الموكل اسم غيره ونسبه ويأخذ مال غيره[٢]

٢ ـ اثبات الوكالة: يدعي الوكيل في حضور الشخص الذي يطلب منه للموكل شيء كالعين أو الدين قائلاً: إني وكيل بالإدعاء وطلب العين المطلوبة من فلان كالوديعة أو المغصوب. وله أن **يقيم البينة على الوكالة سواء كان ذلك الشخص منكراً للوكالة أو مقراً بها (الطحطاوي، الأنقروي).**

فعليه إذا أثبت الوكيل في مواجهة الخصم المدين للموكل بأن موكله قد وكله في طلب كل حق له وقبضه وفي الخصومة فيه وحكم بالوكالة فلا يجبر الوكيل بعد ذلك عند طلب حق موكله من شخص آخر أن يقيم البينة ثانية لاثبات وكالته.

---

(١) لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل.

(٢) ما يخالفه في البحر.

(٣) الوكيل بقبض الدين إذا أحضر خصماً فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل، وإذا أدعى فلاناً وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحداً للموكل قبله حق فإن القاضي لا يسمع من شهود حتى يحضر خصماً جاحداً ذلك أو مقراً به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فإن أحضر بعد ذلك غريماً يدعي عليه حقاً للموكل لم يحتج إلى اعادة البينة (تكملة رد المحتار).

أما إذا لم يكن الخصم حاضراً على الوجه المذكور فلا تقبل البينة على الوكالة[٣] ولا تثبت الوكالة بالخصومة بتصديق الخصم. وعليه لو ذهب أحد إلى القاضي وقال: إن فلاناً هذا وكيل بالخصومة عن فلان وأدعى ذلك الشخص في مواجهة هذا الوكيل بناء على تصديقه إياه بدين على الغائب فلا يصح. ولا يقبل من المدعي إقامة البينة على دينه (واقعات المفتين).

إذا شهد شخصان على أن خالداً وكيل لبكر وأنكر ذلك الشخص كونه وكيلاً للمذكور فإذا كان الوكيل المذكور وكيلاً للمدعي فلا تقبل هذه الشهادة ولا تثبت بذلك وكالة ذلك الشخص. وإذا كان وكيلاً للمدعى عليه ينظر: فإذا شهدت الشهود ان فلاناً قد وكل فلاناً بالمخاصمة عنه مع فلان وقبلها فلان المذكور قبلت ويجبر ذلك الشخص على القيام بالوكالة. وإذا لم تشهد الشهود أنه قبل الوكالة فلا يجبر على القيام بها (الأنقروي).

وإذا لم يقم الوكيل بالخصومة البينة على الوكالة وأراد أن يقيم البينة على المال فلا تقبل منه. لكن إذا أقام البينة على المال وعلى الوكالة أي أقام البينة عليهما معاً تقبل منه عند الإمامين، وإذا ثبت المال أي المدعى به والوكالة يلزم أن يحكم بالوكالة أولاً وبالمال ثانياً (الطحطاوي وعلي أفندي والبحر)[١]

تعميم الوكالة بالخصومة أو تخصيصها:

تعميم الوكالة بالخصومة بتعميم الموكل كما أنها تخصص بتخصيصه. لو وكل أحد آخر بالمرافعة له وقال له لست وكيلاً عني بالمرافعة التي علي كانت صحيحة ولهذا الوكيل أن يدعي بحق موكله وأن يقيم البينة على مدعاه ولكن أو أراد المدعى عليه أن يدفع الدعوى فلا يسمع هذا الدفع في مواجهة الوكيل المذكور (رد المحتار، الولوالجية)[٢]

كذلك لو قال أحد لآخر. قد وكلتك بالخصومة والدعوة مع أهالي البلد الفلاني أو كافة الناس الذين لي عليهم حق فللوكيل أن يطلب ويدعي كل حق لموكله كان موجوداً قبل التوكيل أو حدث بعده. ولا يشترط في هذا تعيين المخاصم به والمخاصم فيه (التنقيح، الهندية، البحر).

أما لو قال الموكل وكلتك بالخصومة والإدعاء بكل حق لي على فلان فللوكيل أن يطالب وأن يدعي بكل حق للموكل كان موجوداً حين التوكيل. لكن ليس له أن يدعي بما حدث للموكل من الحقوق بعد ذلك على الشخص المذكور (الهندية).

وإذا وكل أحد آخر بقبض كل ما حدث أو ما يحدث له من الحقوق وبالخصومة فيها يدخل في ذلك الدين والوديعة، وكل حق يملكه الموكل (البحر مع زيادة)

شروط التوكيل بالخصومة:

١ ـ إذا أراد أحد أن يوكل آخر للخصومة لزم أن يبين أو يعمم من قد وكله **للخصومة** معه.

---

(١) وكذا وصي أقر المدين بوصايته وأنكر الدين فأثبت الوصي وصايته ببينة تقبل (ابن عابدين على البحر).

(٢) بل يحكم على المدعى عليه بالمال ويتبع الدائن بدفعه (التنوير، الغرر، تكملة رد المحتار).

وعليه لو قال قد وكلت فلاناً للخصومة فلا تصح الوكالة إذا لم يذكر لأي خصومة قد وكله (الولوالجية، البحر، الهندية).

لأنه يقع في الخصومة أجناس مختلفة. وقد مر آنفاً مثال للتوكيل بصورة التعميم.

٢ ـ إن بيان المدعى به في التوكيل بالخصومة شرط. وعليه لو قال أحد: إنني وكيل لفلان الغائب بالدعوى التي مع فلان تقبل ويلزم أن يذكر صراحة الشيء الذي يراد الوكيل به. يعني أن يبين المدعى به صراحة. أما إذا عمم المدعى به كما لو وكله بطلب أي حق له فيصح، ولا يلزم تعيين المخاصم به والمخاصم فيه على ما هو مذكور آنفاً (الأنقروي).

فرع ـ لو أدعى الوكيل بالخصومة بكذا درهماً للموكل على المدعى عليه فدفع المدعى عليه هذه الدعوى بكونه قد أدى المبلغ المذكور للموكل ولم يمكنه اثبات دفعه وحكم عليه بالمبلغ وقبض الوكيل المبلغ المذكور حسب الوكالة وتلف في يده ثم أثبت المدين ما أداه قبلاً يرجع المحكوم عليه على الموكل. وليس له أن يطلبه من الوكيل قائلاً: كنت أعطيته لك (مجمع الأنهر).

المادة (١٥١٧) ـ (اقرار الوكيل بالخصومة على موكله إن كان في حضور الحاكم يعتبر وإذا لم يكن في حضور الحاكم فلا يعتبر وينعزل هو من الوكالة).

أولاً ـ ليس له الإقرار في غير حضور القاضي. يعني يعتبر اقرار الوكيل بالمرافعة والمخاصمة على الإطلاق على موكله استحساناً سواء أكان وكيلاً للمدعي أو وكيلاً للمدعي عليه في غير الحدود والقصاص إذا كان في حضور الحاكم. ووجه الإستحسان هو أن الموكل مقتدر على الإقرار كما أن الوكيل مقتدر عليه أيضاً. لأن الوكالة بالخصومة بمعنى الإجابة على الخصم والإقرار هو جواب أيضاً، وجه التخصيص بمجلس القاضي أنه إنما وكله بالخصومة وحقيقتها لا تكون إلا عند القاضي فلم يكن وكيلاً في غيره، لأن غير مجلس القاضي ليس محلاً للخصومة التي هي وكيل فيها (تكملة رد المحتار).

لكن القياس عدم اعتبار الإقرار المذكور وقد قال الإمام زفر والإمام الشافعي بذلك، لأن الخصومة منازعة أما الإقرار فمسألة. وهي ضد المخاصمة والشيء لا يتناول ضده.

مثلاً لو أقر المدعي في حضور القاضي باستيفاء المدعى به أو أقر وكيل المدعى عليه بثبوت المدعى به يصح.

مستثنى ـ لا يصح اقرار الوكيل بالخصومة بالحدود والقصاص على موكله. لأن في ذلك شبهة كذب وتدرأ الحدود بالشبهات (تكملة رد المحتار بزيادة)

قيل (الوكيل بالخصومة) لأن اقرار الوكيل بغير الخصومة كالصلح والقبض غير صحيح وهذا الإقرار إذا وقع في حضور القاضي أو في حضور غيره على حد سواء. ما لم تكن الوكالة عامة على ما هو مذكور في شرح المادة (١٤٥٦) (رد المحتار؛ مجمع الأنهر، التكملة).

وقوله هنا الإقرار ليس للاحتراز عن الإنكار. لأن الوكيل بالخصومة إذا أنكر يصح انكاره بالأولى (مجمع الأنهر).

جاء في الشرح (على الإطلاق) لأن الإقرار إذا استثني فلا يكون الإقرار بعد ذلك صحيحاً بمقتضى المادة الآتية.

أما إذا لم يكن في حضور الحاكم فلا يعتبر. لأن صيرورة الإقرار معتبرة لكونه جواباً للخصم. أما الجواب فإنما يكون في مجلس الحاكم. والجواب في غير مجلس الحاكم عبارة عن محاولة ومحادثة ولم يوكل الوكيل بهذا (مجمع الأنهر) وعليه إذا ثبت الإقرار في غير حضور الحاكم بشاهدين فلا يقبله. وصحح أبو يوسف اقراره مطلقاً وأبطله زفر (التكملة) لكن إذا تحقق الإقرار الذي وقع في غير حضور الحاكم بالإقرار أو بالبينة ينعزل الوكيل من الوكالة. لأن الوكيل يصبح بالإقرار المذكور مبطلاً في دعواه، وبعبارة أخرى هو يعترف بكونه لا حق له في الخصومة ويكون مؤاخذاً في حق نفسه أنظر المادة (١٦٤٨). أما هذا الإقرار فحيث أنه لا تأثير له على الموكل فللموكل أن يسير في الدعوى بنفسه أو بواسطة وكيل عنه (صرة الفتاوى).

أما إقرار الأب والوصي في حضور الحاكم فليس صحيحاً أيضاً. لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في الإقرار على الصغير، وأما التفويض من الموكل مطلقاً أي غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الإنكار والإقرار جميعاً (تكملة رد المحتار). أنظر المادة (٥٨). مثلاً لو أدعى أب الصغير أو وصيه بمال للصغير وأنكر المدعى عليه وصدق الأب أو الوصي المدعى عليه في انكاره فلا يكون هذا التصديق صحيحاً إلا أنه ليس للأب ولا للوصي أن يقيم الدعوى المذكورة ثانية وينصب وصي آخر فتسمع دعواه ويفصل فيها (مجمع الأنهر)[1]

ثانياً ـ ليس للوكيل بالخصومة الإبراء. يعني ليس للوكيل بالخصومة والمرافعة أن يبرئ المدعى عليه من الدعوى من دون إذن الموكل. وإن فعل فلا يصح الإبراء. وما لم يجز الموكل هذا الإبراء فله الإدعاء على المدعى عليه (علي أفندي).

ثالثاً ـ لا يهبه. يعني ليس للوكيل بالخصومة المصالحة والهبة. أنظر المادة (٨٥٧). لأن ذلك لما لم يكن من قبيل الخصومة فلا يدخل تحت التوكيل (الولوالجية، تكملة رد المحتار).

المادة (١٥١٨) ـ (إذا وكل أحد آخر واستثنى اقراره عليه يجوز، فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل بهذه الصورة (راجع الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٥٦) وإذا أقر في حضور الحاكم حال كونه غير مأذون بالإقرار ينعزل من الوكالة).

لو وكل أحد آخر بالخصومة واستثنى اقراره عليه سواء كان وكيلاً عن المدعي أو عن المدعى

---

(١) وينعزلان في تلك الحادثة فلا يدفع المال إليهما للتناقض، لأنه زعم أنه مبطل في دعواه (التكملة).

عليه وسواء كان في مواجهة الطالب أو في غيابه يجوز التوكيل والاستثناء عند محمد (الهندية، مجمع الأنهر، البحر وتكملة رد المحتار).

وعليه لا يصح اقرار الوكيل على الموكل سواء أكان موصولاً أم مفصولاً. أنظر الفقرة الأخيرة من المادة (الـ ١٤٥٦).

إن تعبير الإقرار لأجل الاحتراز عن الإنكار. لأنه لو وكل أحد آخر بالخصومة واستثنى الإنكار يكون صحيحاً عند محمد. ولا فرق فيها إذا كان وكيلاً للمدعي أو وكيلاً للمدعى عليه.
الانكار يكون أحيانا مضراً للموكل. لأن المدعى به إذا كان امانة مثلا وانكر الوكيل الامانة، يعني إذا بين أن موكله لم يأخذه فلا يسمع ادعاؤه الاعادة بعد ذلك. أما الادعاء بالاعادة قبل الانكار فمسموع وفي هذه الصورة يكون وكيلا بالاقرار (الهندية، البحر).

وإذا أقر الوكيل في حضور القاضي باقرار كهذا لم يكن مأذوناً به انعزل من الوكالة. وتصبح خصومته ومرافعته غير صحيحتين. انظر المادة (٦٤٨) (رد المحتار).

وعليه إذ أقام المدعى عليه البينة في حضور الحاكم على كون الوكيل قد طلب شراء المدعى به فليس للوكيل ولا للموكل بعد أن يدعيا ذلك بعدئذ. أما لو أقام المدعى عليه البينة على كون الوكيل في حضور غير القاضي قد طلب المساومة، ينعزل الوكيل من الوكالة لكن للموكل أن يدعي بعد ذلك، والخلاصة تكون الوكالة على خمسة اوجه:

١ ـ التوكيل بالخصومة، لهذا الوكيل أن يقر أو ينكر.

٢ ـ التوكيل بالخصومة مع استثناء الانكار، وهذا الوكيل يكون وكيلاً للاقرار.

٣ ـ التوكيل بالخصومة مع استثناء الاقرار، وهذا الوكيل يكون وكيلاً للانكار.

٤ ـ التوكيل بالخصومة مع تجويز الاقرار، ولهذا الوكيل الاقرار أو الانكار.

٥ ـ التوكيل بالخصومة مع عدم جواز الاقرار والانكار. وهذا التوكيل عند بعض العلماء غير صحيح لأنه لم يبق تحت هذه الوكالة فرد على الاطلاق. يعني إذا استثني الاقرار والانكار فلا يبقى شيء يقوم به الوكيل حسب الوكالة. ويكون عند بعض العلماء صحيحاً. لأن السكوت يدخل تحت هذه الوكالة وعليه يكون الوكيل بالخصومة وكيلاً بالسكوت. لكن السكوت يعد انكاراً بناءً على المادة (١٨٢٢) (تكملة رد المحتار بتغيير وزيادة).

الفروع: إذا وكل الموكل آخر بالمخاصمة في حضور القاضي الفلاني فله المخاصمة في حضور قاض آخر اما لو وكله بالمخاصمة في حضور الفقيه الفلاني فليس له المخاصمة في حضور فقيه آخر. لأن الفقيه الفلاني يكون قد عين حكماً وتعيين فقيه آخر حكماً من دون أمر الموكل لا يكون صحيحاً. أما ولاية القاضي فثابتة من دون أمر الموكل أيضاً (ابن عابدين على البحر).

المادة (١٥١٩) ـ (الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض. بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به ما لم يكن وكيلاً بالقبض أيضاً).

ان الوكالة بالخصومة؛ يعني الوكالة بالادعاء على مال لا تستلزم عند زفر الوكالة بقبض المال المدعى به وبالصلح عنه أنظر المادة (١٥٤٢). لأن الموكل انما رضي بخصومة الوكيل. أما القبض فهو غير الخصومة والواقع انه وان كانت الوكالة بالخصومة عند بعض الأئمة الحنفية تستلزم الوكالة بالقبض فبما انه قد ظهرت خيانة بعض وكلاء الدعاوى وكل من يؤتمن على الخصومة لا يؤتمن في تسليم المال وبما أن الموكل يختار آمن بقبض الدين وألح الناس للخصومة فقد اتخذ قول الامام زفر القول المفتى به عند الفقهاء وقد رجحت المجلة القول المذكور أيضاً (البحر، رد المحتار، مجمع الأنهر).

وعليه إذا لم يكن الوكيل بالدعوى وكيلاً بقبض المدعي به فلا يكون له صلاحية في قبض المال لأن المحكوم به من المحكوم عليه بالوكالة (علي أفندي).

أما إذا كان وكيلاً بالقبض أيضاً فكما أن له أن يقبض المدعى به فإذا وكل وكالة عامة فيكون الوكيل من هذا النوع وكيلاً بالدعوى وقبض الدين معاً. أنظر شرح المادة (١٤٥٦).

كذلك لو كان مال الموكل في يد وكيله بالخصومة فلا يجبر الوكيل على تسليمه لخصمه سواء أكان وكيلاً وكالة عامة أم خاصة. وعليه إذا أدى الوكيل بالخصومة من طرف المدين بلا أمر دين الموكل كان متبرعاً أنظر المادة (الـ ١٥٠٦) (الهندية). لكن الوكيل بدفع الوديعة يجبر. أنظر المادة (١٥١٢) (التنقيح).

المادة (١٥٢٠) ـ (الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة بالخصومة).

الأصل الأول ـ لا يكون التوكيل باستيفاء عين الحق توكيلاً بالخصومة. لأن التوكيل إنما وقع بالاستيفاء والقبض وحصول القبض بدون خصومة ممكن. لأن التوكيل إنما وقع للقبض والاستيفاء وبما أنه ممكن حصول القبض بلا خصومة فلم يبق حاجة لجعل الوكيل وكيلاً لشيء لم يوكل به. وعليه لا تستلزم الوكالة بالقبض أي بقبض العين بالإتفاق وكذا بقبض الدين عند الإمامين الوكالة بالخصومة.

اختلاف المجتهدين:

قد وقع اتفاق المجتهدين على أن الوكالة بقبض العين لا تستلزم الوكالة بالخصومة. لأن الوكيل بقبض عين للموكل كهذه شبيه بالرسول. وكذلك الوكالة بقبض الدين لا تستلزم عند الإمامين الوكالة بالخصومة أيضاً سواء أكان وكيلاً من طرف الدائن أم كان وكيلاً من جانب الحاكم عن المفقود. لأن القبض غير الخصومة. وبما أنه ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إلى الخصومة. فالرضاء بالقبض ليس رضاء بالخصومة. فالصاحبان جعلا الوكيل بقبض الدين وكيلاً باستيفاء عين حقه حكماً ولذا لو قبض أحد الشريكين شيئاً من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه، ومعنى التملك ساقط حكماً حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضاء كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصماً كما في الوكيل بقبض العين (التكملة).

أما الوكالة بالقبض عند الإمام فتستلزم الوكالة بالخصومة (مجمع الأنهر). حتى لو أقيمت

عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده (تكملة رد المحتار).

والظاهر من اطلاق المجلة أنها قد قبلت في هذه المادة مذهب الإمامين ورجع هذا المذهب في تكملة رد المحتار إذ ورد فيها والحق أن قولهما أقوى وهو رواية عنه.

تفريعات على كون الوكالة بقبض عين لا تستلزم الوكالة بخصومة تلك العين:

وعليه لو وكل أحد آخر بقبض فرسه التي في يد أحد. ولدى طلب الوكيل الفرس من ذلك الشخص أقام البينة على أن موكله الغائب قد باع منه تلك الفرس بكذا درهماً فلا يثبت البيع بهذه البينة وإنما يبقى أمر القبض موقوفاً إلى أن يحضر الغائب (الطحطاوي).

وعليه ليس لمن وكل بقبض عين إذا أخذ أحد تلك العين من واضع اليد واستهلكها أن يقيم الدعوى على المستهلك ويطلب بدل تلك العين. لكن لو استهلك أحد تلك العين بعد أن قبضها الوكيل وهي في يده فللوكيل أن يقيم الدعوى على المستهلك ويطلب بدلها منه أنظر المادة (١٦٢٧) (الهندية).

تفريعات عن كون الوكالة بقبض الدين لا تستلزم الوكالة بالخصومة في هذا الدين:

وعليه إذا طلب الوكيل بقبض الدين دينه من المدين وأنكر المدين فليس للوكيل المرافعة في حضور الحاكم: ويبقى الآمر موقوفاً إلى حين حضور الدائن الغائب (البحر).

كذلك لو دفع الغريم (يعني المدين) الدعوى ببيانه سقوط حق الموكل بوجه ما كالاداء والإبراء، يعني أنه قد دفع الدعوى قائلاً، قد أوفيت دائني المبلغ المذكور تماماً أو قال: كنت بعت منه في مقابل ديني مالاً أو أن دائني قد أبرأني منه فإذا لم يكن لديه بينة على دفعه هذا يؤمر بتسليم دينه للوكيل. لأن جوابه اقرار بالدين وبالوكالة والوكالة تثبت ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه (تكملة رد المحتار).

أما إذا أثبت المدين استيفاء الموكل أو أبرأه فمع أن ذلك لا تستلزم براءة المدين ألا أنه يكون الآمر موقوفاً لحين حضور الموكل الغائب وتقصر يد الوكيل (تكملة رد المحتار)

يعني أن هذه البينة تكون سبباً لمنع الوكيل من طلب الدين إلى أن يجيء الغائب كذلك لو أدعى المشتري في مواجهة الشخص الذي وكل بقبض ثمن المبيع بعيب المبيع وأراد رده فلا يسمع.

كذلك لو أدعى المدين في مواجهة الوكيل بقبض الدين أن له على الموكل ديناً من الجهة الفلانية وقد حصل التقاص فلا يسمع (تكملة رد المحتار).

كذلك ليس لقيم المفقود أن يدعي في حضور الحاكم على مدين المفقود بالدين الذي ينكره كما أنه ليس له أن يدعي على الغير بما في يده من عروض وعقار المفقود (البحر)

الأصل الثاني ـ التوكيل بالتملك توكيل بالخصومة، لأن التملك انشاء للتصرف، أما حقوق

العقد فتعود إلى العاقد، لأنه لا يمكن التحصيل إلا بها والخصومة من جملتها (تكملة رد المحتار).

وعليه يكون بالبيع والشراء على ما هو مذكور في شرح المادة (١٤٦١)، وكيلاً بالخصومة في بعض الخصومات.

وتعبير الوكالة بالقبض في هذه المادة احتراز عن أربعة أنواع من الوكالة، إن هذه الوكالات تستلزم الوكالة بالخصومة وهي:

أولاً ـ ان للوكيل بطلب الشفعة حقاً في القبض والخصومة معاً مثلاً لو طلب الوكيل بطلب الشفعة المشفوع من المشتري فدفع المشتري ذلك بقوله: إن موكلك قد سلم الشفعة لي وأقام بينة على دفعه هذا قبل، وإذا ثبت تسليم بالبينة العادلة تبطل الشفعة.

لكن لا حق لهذا الوكيل في الخصومة بعد الأخذ بالشفعة وعليه لو أدعى المشتري على الوكيل بطلب الشفعة بعد أن أخذ العقار المشفوع بالشفعة أن الموكل كان قد أسقط الشفعة فلا يقبل، أنظر المادة (١٥٢٦).

ثانياً ـ إن الشخص المأمور برد المبيع بخيار العيب للبائع حق الخصومة. وعليه إذا أدعى البائع في مواجهة هذا الوكيل أن الموكل قد رضي بالعيب وأقام البينة على ذلك يسمع.

ثالثاً ـ للوكيل بالرجوع عن الهبة حق في الخصومة.

مثلاً لو أدعى الموهوب له في مواجهة الشخص الموكل بالرجوع عن الهبة، أنه قد أعطى عوضاً في مقابل الهبة للواهب أو أنه قد حصلت زيادة في المال الموهوب استمع ويبطل حق الرجوع لدى الثبوت.

رابعاً ـ للوكيل بالقسمة حق في الخصومة.

مثلاً لو أدعى الشريك ذو الحصة في المال المشترك في مواجهة الوكيل بالقسمة. يعني لو وكل أحد الشريكين آخر بتقسيم الملك المشترك بينه وبين شريكه الآخر وأقام البينة تسمع دعواه (الهندية، مجمع الأنهر، تكملة رد المحتار).

الفصل السادس

في بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل

ضابط: لما كانت الوكالة من العقود غير اللازمة فكما أن للموكل عزل وكيله فكذلك للوكيل **أن يعزل نفسه ويستقيل أنظر المادتين (١٥٢١ و١٥٢٢). وقد مر في شرح المادة (١٤٥٦) بعض الإيضاحات المتعلقة بذلك.**

يوجد بعض مستثنيات من هذا الضابط. وتستفاد من مطالعة هذا الفصل (البحر)[1].

المادة (١٥٢١) ـ (للموكل أن يعزل وكيله من الوكالة ولكن إن تعلق به حق آخر فليس له عزله كما إذا رهن مدين ماله وحين عقد الرهن وبعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول أجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن، كذلك لو وكل أحد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي)

ينعزل الوكيل بستة عشر سبباً وهي:

أولاً ـ للموكل أن يعزل وكيله متى شاء. ولو كانت الوكالة المذكورة دورية أو كان قد شرط عدم عزل الوكيل أو كان قد وكل أبداً أو على أن يكون طول مدة حياته وينعزل الوكيل حينئذ: لأن الوكالة حق للموكل فله ابطاله (مجمع الأنهر، تكملة رد المحتار).

جحود الوكالة عزل أيضاً. لأن جحود ما عدا النكاح فسخ وقد بين أن الفتوى على هذا أيضاً. وعليه إذا أنكر الموكل الوكالة قائلاً؛ إنني لم أوكلك فيكون قد عزل وكيله على القول الصحيح (مجمع الأنهر، تكملة رد المحتار).

وعليه لو عزل الموكل الشخص الذي وكل بقبض الدين بعد أن قبض مقداراً منه وطلب الباقي بنفسه من المدين فليس له أن يمتنع عن دفع ذلك المبلغ قائلاً سأعطيه إلى الوكيل (الفيضية).

كذلك للموكل عزل وكيله الذي وكله وكالة دورية أيضاً. يعني إذا أراد الموكل عزل وكيله بعد أن وكله قائلاً، كلما عزلتك فأنت وكيلي بقوله لوكيله رجعت عن الوكالة معلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة. لأن ما لا يكون لازماً يصح الرجوع عنه والوكالة منه (تكملة رد المحتار) يعني يجب أن يرجع أولاً عن الوكالة المعلقة وأن يعزله عن الوكالة المنفذة. لأنه لو قدم عزله من المنفذة تنجز وكالة أخرى من الوكالة المعلقة ولا ينعزل بعد ذلك بقوله رجعت عن الوكالة بعدئذ (البحر، رد المحتار).

لكن ليس للموكل عزل وكيله من الوكالة إذا تعلق حق الغير بها ولو كان هذا الغير هو الوكيل

ويكون تعلق حق الغير في أربع مسائل:

المسألة الأولى ـ كما إذا رهن مدين ماله وحين عقد الرهن أو بعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول أجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضاء المرتهن (البحر).

---

(١) إذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فإنها تقبل في حق قصر اليد لا في ثبوت العزل استحساناً. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل فتقصر يده في القبض (تكملة رد المحتار).

المسألة الثانية ـ لو وكل الوكيل بالبيع موكله بقبض الثمن بأمر الحاكم فليس له أن يعزله.

المسألة الثالثة ـ لو قال الموكل لدائنه «إذا كان الدين معجلاً» بع مالي الفلاني وخذ ثمنه في مقابل الدين الذي علي، فليس للموكل عزل هذا الوكيل (البحر).

أما إذا كان الدين مؤجلاً فله عزله (ابن عابدين).

المسألة الرابعة ـ كذلك لو وكل المدعى عليه بناء على طلب المدعي وفي حضوره بالخصومة أو وكل المدعى عليه بناء على طلب المدعي وفي غيابه وكيلاً بالخصومة ولحق هذا التوكيل علم المدعي فليس له عزله في غيابه. لأن المدعي قد أخلى سبيل المدعى عليه لاعتماده على اقتداره على اثبات حقه في مواجهة وكيل المدعى عليه في أي وقت أراد فلو جاز للمدعى عليه عزل وكيله فيحصل للمدعي ضرر في حالة اختفاء المدعى عليه. أنظر المادة (١٩)

يوجد في هذه المسألة أربعة قيود احترازية.

أولها ـ تعبير بناء على طلبه. فلذلك لو وكل المدعى عليه أحداً بالخصومة بدون أن يكون للمدعي طلب فله في حضور المدعى أو في غيابه قبل أن تصير المرافعة. لأن حق المدعي في هذه الصورة لم يتعلق بالوكالة وعليه فقد كان هذا التوكيل غير مسبوق بطلب المدعي (البهجة).

ثانيها ـ تعبير في غياب المدعي. فلذلك للمدعى عليه أن يعزل هذا الوكيل في حضور المدعي. سواء أكان المدعي راضياً بهذا العزل أم غير راض لأنه لا ضرر في هذا العزل (تكملة رد المحتار).

ثالثها ـ تعبير المدعى عليه. فلذلك لو وكل المدعي أحداً بالخصومة فله عزله. لأن المدعي صاحب حق إن شاء عزل وكيله وباشر الخصومة بنفسه وإن شاء ترك حقه بالكلية أو يؤخره مدة (البحر، والهندية بزيادة).

رابعها ـ تعبير في حضور المدعي. فلذلك لو وكل المدعى عليه بطلب المدين وفي غيابه أحداً بالخصومة فللموكل عزل وكيله قبل أن يلحق هذا التوكيل علم المدعي (الأنقروي) أما لو وكله في حضور المدعي بطلبه أو وكله في غياب المدعي بناء على طلبه والتماسه ووقف المدعي على الوكالة ولم يردها فليس للموكل بعد ذلك عزل وكيله في غياب المدعي (تكملة رد المحتار).

فرع ـ إذا قال الوكيل قد عزلني موكلي الغائب وكذب المدعي فلا يقبل الوكيل (البحر).

ثانياً ـ إذا عزل الوكيل نفسه انعزل. أنظر المادة الآتية:

ثالثاً ـ ينعزل الوكيل بانتهاء الموكل به. أنظر المادة (١٥٢٦).

رابعاً ـ ينعزل الوكيل بوفاة الموكل. أنظر المادة (١٥٢٩).

خامساً ـ لا يبقى حكم للوكالة بوفاة الوكيل. أنظر المادة (١٥٢٩).

سادساً ـ تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل. أنظر المادة (١٥٣٠).

سابعاً ـ تبطل الوكالة بتبديل اسم الموكل به. أنظر المادة (١٤٧٢).

ثامناً ـ ينعزل الوكيل بالشراء بتلف نقود الموكل التي في يده. أنظر المواد (١٤٩١ و١٤٦٣ و٢٤٣).

تاسعاً ـ ينعزل الوكيل بالخصومة إذا أقر في حضور الحاكم مع كون الإقرار مستثنى.

عاشراً ـ ينعزل وكيل الوصي ووكيل الأب إذا بلغ الصبي قيامهما بالوكالة (الهندية والأنقروي) أنظر شرح المادة (١٤٤٩).

الحادي عشر ـ لو وكل أحد آخر بقبض مطلوبه الذي في ذمة المدين وقبل بعد ذلك حوالة دينه المذكورعلى أحد انعزل الوكيل (الأنقروي). وعليه ليس للوكيل أن يطلب الدين المذكور من ذلك الشخص

الثالث عشر ـ إذا خالف الوكيل موكله ينعزل عزلاً ضمنياً، مثلاً لو وكله الموكل بشراء مال بعشر ذهبات فاشتراه بخمسين ريالاً مجيدياً أو بعروض انعزل الوكيل، ويبقى المال المشترى له (تكملة رد المحتار)

الرابع عشر ـ لو أجرى الوكيل بالنكاح العقد بالإضافة إلى نفسه انعزل الوكيل من الوكالة ويقع عقد النكاح لنفسه (تكملة رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٤٨٥).

الخامس عشر ـ ينعزل الوكيل بافتراق أحد الشريكين. فعليه لو عقد اثنان عقد شركة كان كل منهما وكيلاً للآخر وكما تبطل الشركة لو هلك المال أو مال أحدهما يعني رأس ماله فقط قبل الشراء تبطل الوكالة الضمنية أيضاً. سواء أكان الشريكان واقفين على هلاك المال أم لا. لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة.

كذلك لو وكل أحد الشريكين أو كلاهما أحداً على أن يتصرف في مال الشركة وافترق الشريكان بعدئذ ينعزل الوكيل عن حق الغير ولو لم يعلم بالافتراق. إذا لم يصرحا بالإذن في التوكيل (تكملة رد المحتار).

السادس عشر ـ لو وكل الصبي المأذون وحجر ذلك الصبي انعزل الوكيل. إذا كان وكيلاً في العقود والخصومة. سواء أكان الوكيل عالماً أم لا. لأن هذا الانعزال لما كان أمراً حكمياً فلا يشترط فيه العلم (رد المحتار وتكملته).

المادة (١٥٢٢) ـ (للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة ولكن لو تعلق به حق الغير كما ذكر آنفاً يكون مجبوراً على ايفاء الوكالة).

للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة ويستقيل منها في حضور الموكل وفي غيابه وبلا رضاه أيضاً، لأن الوكالة عقد غير لازم (البحر) لكن إيصال خبر العزل الموكل شرط. وعليه إذا امتنع الوكيل عن القيام بالموكل به فلا يجبر. ولا يضمن الوكيل الخسارة التي تترتب على امتناعه.

مثلاً لو وكل أحد باداء الدين من ماله أو من مال موكله فلا يجبر الوكيل على اداء الدين فلو أمر المدين آخر وهو على سفر قائلاً: بع مالي هذا واعط الثمن إلى دائني وامسك ذلك الشخص الثمن في يده بعد البيع وتلف بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم ذلك الشخص ضمان.

كذلك إذا تكاسل وتهاون الوكيل بقبض الدين وبيع الأثمار بعدم قبضه الدين وبيعه الأثمار فأفلس المدين وفسدت الأثمار وتلفت فلا يلزم الوكيل ضمان (التنقيح).

كذلك لو وكل آخر قائلاً: هب مالي هذا لفلان أو بعه من فلان وف ديني فلا يجبر الوكيل على هبة ذلك المال أو بيعه ووفاء الدين من ثمنه. لكن إذا تعلق حق الغير على الوجه الذي مر في المادة الآنفة فليس له أن يعزل نفسه بدون رضاء ذلك الغير ويكون مجبراً على القيام بالوكالة وهذه عبارة عن خمس مسائل

قيل بدون إذن ذلك الغير: لأنه إذا كان ثمة إذن يعزل نفسه فلو عزل الوكيل ببيع الرهن نفسه في حضور المرتهن ورضي الآخر بذلك انعزل. كذلك للوكيل بالخصومة كما هو مذكور في المادة (١٥٢١) أن يعزل نفسه من الوكالة برضاء الخصم (رد المحتار؛ علي أفندي).

المادة (١٥٢٣) - (إذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت).

يتوقف انعزال الوكيل في العزل القصدي على علمه، وعليه يبقى الوكيل على وكالته إلى أن يصل له خبر العزل حتى ولو عزل الموكل وكيله في غيابه وأشهد على عزله إياه. ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت وينفذ على الموكل. لأن انعزال الوكيل بدون علمه اضرار به. لأن الوكيل يتصرف لظنه أنه غير منعزل وباق في الوكالة فتلحقه العهدة والمسؤولية (مجمع الأنهر)[1]

بناء عليه لو عزل الموكل الوكيل بالفراغ بوقف ذي إجارتين وتفرغ الوكيل بإذن المتولي بذلك العقار قبل أن يصله خبر العزل كان فراغه صحيحاً ومعتبراً. أما لو فرغ بعد وصول خبر العزل إليه. فلا يكون فراغه معتبراً.

مستثنى - إن وصول خبر العزل في المسألة الآتية ليس شرطاً. فلو وكل أحد غائباً بخصوص ما وعزله الموكل قبل أن يصل خبر الوكالة إليه انعزل في الحال. وإيصال خبر العزل للوكيل ليس شرطاً لأن الوكالة في هذه الحال لم تنعقد بعد وعزل الموكل عبارة عن الرجوع عن الإيجاب. أنظر شرح المادة (١٤٥٨). أما إذا عزله بعد أن وصله خبر العزل فوصل خبر العزل إليه شرط. (الدر المختار بزيادة والتكملة).

كيفية وصول خبر العزل:

---

(١) إنما لا ينعزل إذ لم يبلغه لأنه نهى بعد الأمر فلا يعمل بدون العلم (تكملة رد المحتار)

يصل خبر العزل إلى الوكيل وبالصور الآتية وهي :
أولاً ـ للموكل أن يعزل وكيله بقوله له مشافهة: عزلتك.

ثانياً ـ أن يبعث بكتاب لوكيله بعزله إياه ويصل ذلك الكتاب إلى الوكيل. أنظر المادة (٦٩) أما قبل وصول الكتاب فلا يعزل. لأنه عزل قصدي يشترط فيه العلم وعلمه بوصول الكتاب إليه (التكملة).

ثالثاً ـ لو أرسل الموكل رسولاً عاقلاً ومميزاً لوكيله ليخبره بعزله إياه، وبلغ الرسول الوكيل خبر العزل مبيناً أنه رسول من طرف المرسل ينعزل الوكيل. ولو كان هذا الرسول غير عدل أو صغيراً مميزاً، وسواء أصدق الوكيل هذا الخبر أم لم يصدقه.

رابعاً ـ إذا أخبر فضولي الوكيل بأن موكله قد عزله، ينعزل الوكيل، **إلا أنه يشترط في اخبار الفضولي وجود شرط واحد من ثلاثة شروط: العدالة، والنصاب، وهما أحد شروط الشهادة. أو** أن يصدق الوكيل الخبر.

فلذلك إذا كان المخبر الفضولي عادلاً ينعزل الوكيل عن الوكالة، كما أنه ينعزل أيضاً إذا كان **الفضولي يعدد نصاب الشهادة[1] فيكون هذا الخبر مقبولاً وينعزل الوكيل. أنظر المادة (١٦٨٥)[2]**

كذلك إذا كان الخبر من فضولي غير عادل وصدقه الوكيل ينعزل عن الوكالة (رد المحتار ومجمع الأنهر). أنظر شرح المادة (١٠٢٩)

ويحترز بتعبير العزل القصدي عن العزل الحكمي، وتفصيل ذلك سيأتي في المادة (١٥٢٧).

وعبارة «وكيله» يحترز بها عن الرسول، لأنه لا يشترط لحوق علم الرسول في العزل، ولو كان عزله قصداً، لأن الرسول مبلغ عبارة مرسله، فعزله رجوع عن الإيجاب، (تكملة رد المحتار والبحر).

المادة (١٥٢٤) ـ (إذا عزل الوكيل نفسه يلزمه أن يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته إلى أن يعلم الموكل عزله).

الوكيل بالخصومة أو بشراء شيء معين إذا عزل نفسه، فيلزمه أن يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته إلى أن يعلم الموكل عزله، لأن عزله نفسه بدون أن يعلم موكله فيه ضرر على

---

(١) أي رجلان أو رجل وامرأتان

(٢) وهذا على قول الإمام الأعظم؛ فلا يثبت بخبر المرأة والصبي وإن وجد العدد أو العدالة، والعدالة لا تشترط في العدد (تكملة رد المحتار).

الموكل إذ يظن أن وكيله بالخصومة يتعقب بالخصومة دعواه فيمهل بذاته وفي هذه الحال تحصل أحوال موجبة لضرر الموكل كمرور الزمن.

وكذلك الوكيل بشراء شيء معين إذا عزل نفسه بدون علم موكله فيستطيع الوكيل شراء ذلك الشيء لنفسه ويضر موكله. ولذلك يكون تصرف الوكيل صحيحاً بحق الموكل إلى حين وصول خبر العزل إلى موكله.

مثلاً: إذا اشترى الوكيل بشراء شيء معين ذلك الشيء لنفسه أو لموكل آخر توكل له مؤخراً بعد أن عزل نفسه من الوكالة وقبل وصول خبر العزل إلى موكله، كان ذلك الشراء للموكل الأول، لأن هذا الوكيل لا يملك عزل نفسه بغيبة الآمر، إلا إذ اشترى بأكثر مما وكل به، أو بخلاف ما وكل به (تكملة رد المحتار).

أما إذا عزل الوكيل بالبيع أو بشراء شيء غير معين أو الوكيل بالنكاح نفسه من الوكالة بدون أن يعلم موكله انعزل من الوكالة. لأنه ليس في ذلك ضرر للموكل.

فلذلك لو وكل أحد آخر بشراء فرس غير معين له فاشترى الوكيل فرساً بعد عزل نفسه وقبل أن يعلم موكله فلا يكون المال المشترى للموكل. لأنه لا يقع للموكل في غير المعين ما لم ينوه له أو ينقد الثمن من ماله أو يضيف العقد إلى دراهمه؛ والحاصل أن للوكيل أن يعزل نفسه في هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره (تكملة رد المحتار)

للموكل أن يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المدين إذا لم يصل خبر الوكالة للمدين ويلحق علمه بذلك، لأن المدين لا يتضرر بهذا العزل.

المادة (١٥٢٥) - (للموكل عزل وكيله الذي وكله بقبض الدين في غياب المدين أما إذا وكله الدائن في حضور المدين فلا يصح للدائن عزله ما لم يلحق خبر العزل علم المدين، وفي هذه الحالة إذا أدى المدين الدين للوكيل قبل أن يعلم عزله برئ من الدين).

للموكل أن يعزل وكيله الذي وكله بقبض الدين في غياب المدين إذا لم يصل خبر التوكيل للمدين أي إذا لم يلحق علم المدين بالتوكيل. لأن المدين لا يتضرر بهذا العزل.

أما إذا وصل خبر الوكالة للمدين ولحق علمه بذلك فالظاهر أن لا يكون العزل صحيحاً، كما في الفقرة الآتية (تكملة رد المحتار).

ولكن إذا كان الدائن قد وكله في حضور المدين فلا يصح عزله، لأن العزل على هذا الوجه بدون علم المدين فيه ضرر للمدين، وتغرير به، إذ يظن المدين أن وكالة الوكيل باقية فيؤدي له الدين، وحيث لا تعتبر هذه التأدية فيصبح المدين مكلفاً لإداء دينه مرة ثانية للدائن (التكملة).

وعلى هذه الصورة إذا أعطاه المدين الدين من دون أن يعلم عزله يبرأ من الدين. أما إذا علم المدين بعزل الوكيل فينعزل الوكيل، وعليه لو أعطى المدين الدين بعد علمه بالعزل لا يبرأ من الدين (رد المحتار ومجمع الأنهر).

المادة (١٥٢٦) - (تنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بطبيعته).

تنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بطبيعته بدون حاجة للعزل، لأن الوكيل في هذه الحالة يكون عاجزاً عن امتثال أمر الموكل.

أما ختام الموكل به فيكون على صورتين:

الصورة الأولى - يكون ختام الموكل به بإيفاء الموكل بالذات الموكل به، لأن الوكيل ينعزل في كل تصرف إذا تصرف فيه الموكل بوجه ما فيصبح الوكيل بعد ذلك التصرف عاجزاً عن التصرف فيه (الدر المختار).

وتتفرع من ذلك مسائل وهي:

البيع - إذا وكل شخص آخر في بيع ماله، وقبل أن يبيع الوكيل المال الموكل ببيعه باع الموكل ذلك المال لآخر أو وهبه إياه وسلمه إليه، ينعزل الوكيل (رد المحتار والفيضية).

وفي هذه الصورة إذا باع الوكيل والموكل ولم يعلم السابق منهما في البيع أو باعا معاً فبيع المالك أولى عند محمد، وعند أبي يوسف يكون المال مشتركاً بين المشتريين؛ ويكون المشتريان مخيرين بخيار تفرق الصفقة (الدر المختار).

أما إذا وكل الموكل أحداً ببيع ماله، ثم رهن أو أجر وسلم المال المرتهن أو المؤجر فتكون وكالة الوكيل باقية حسب ظاهر الرواية (مجمع الأنهر).

الاجارة، إذا وكل أحد آخر في أجار دراه، وقبل أن يؤجر الوكيل الدار أجرها الموكل بنفسه لآخر. ينعزل الوكيل من الوكالة.

قبض الدين، إذا وكل أحد آخر بقبض ما في ذمة مدينه من الدين، وقبل أن يقبض الوكيل ذلك قبضه الموكل، ينعزل الوكيل (التنوير).

قضاء الدين، إذا أعطى أحد لآخر عشرة دنانير ليوفي بها دينه، فأدى الدين الآمر الموكل، ثم أداه المأمور الوكيل، ينظر؛ فإذا كان الوكيل عالماً باداء الموكل الدين قبلاً كان ضامناً، وإلا فلا يضمن ويرجع الموكل على الدائن ويسترد ما أخذه من وكيله. والقول مع اليمين للوكيل على عدم علمه بتأدية الموكل الدين قبلاً (الهندية).

والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك في يده بعد أن وهبه الموكل للمدين ولم يعلم الوكيل لم يضمن (تكملة رد المحتار).

يشكل على هذا أن هذا العزل عزل حكمي ينبغي أن لا يتوقف على علم الوكيل؟ وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضموناً على القابض، لأن الديون تقضى بأمثالها، وذلك لا يتصور بعد أداء الموكل، ولذا يضمنه القابض لو هلك، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع الموكل، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل. لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقر ولا تضمينه (تكملة رد المحتار بتصرف).

وإذا باع الموكل ما وكل ببيعه، ولم يعلم الوكيل، فباعه وقبض الثمن فهلك في يده، وهلك المبيع قبل التسليم ورجع المشتري على الوكيل، ورجع الوكيل على الموكل، وكذا لو استحق. لأنه صار مغروراً من جهته (تكملة رد المحتار).

الاشتراء، لو وكل أحد آخر باشتراء مال له واشترى ذلك المال قبل أن يشتريه الوكيل ينعزل الوكيل عن الوكالة، لأنه في هذه الحالة يصير الوكيل عاجزاً عن إيفاء الوكالة عجزاً مستمراً (التكملة).

رجوع الملك والتصرف للوكيل بعد عجزه عن التصرف على الوجه المذكور في هذه المادة: تعود الوكالة بعضاً في الوكالة بالبيع والإجارة بعد العجز.

مثلاً لو وكل أحد ببيع ماله، ثم باعه الموكل، وبعد البيع رجع المال المبيع إلى ملك الموكل بطريق الملك القديم والفسخ تعود الوكالة، وذلك كالفسخ بخيار الرؤية والشرط، كالفسخ بسبب وبفساد البيع وكحكم القاضي بالفسخ بخيار العيب.

مثلاً، لو رد المبيع بخيار الرؤية بعد أن باعه الموكل، فللوكيل بعد ذلك بيع المال حسب وكالته.

كذلك لو وكل أحد آخر في أجار داره، ثم أجرها بنفسه قبل أن يؤجرها الوكيل وانفسخت الإجارة بعد ذلك، فتعود وكالة الوكيل.

كذلك إذا حول الموكل دينه لآخر، فيصبح الوكيل بالقبض غير قادر على التصرف؛ كما ذكر في شرح المادة (١٤٥٩)؛ إلا أنه إذا عاد الدين للمحيل بسبب وفاة المحال عليه مفلساً، فللوكيل بالقبض قبض الدين (الأنقروي).

كذلك إذا وكل أحد آخر في قبض دينه ثم اشترى مالاً مقابل دينه، ثم ضبط ذلك المال بالاستحقاق أو رد بعد القبض بالعيب بقضاء الحاكم أو رد بالعيب قبل القبض بغير قضاء، أو رد بخيار كانت وكالة الوكيل باقية.

وكذا لو قبض الدراهم فوجدها زائفة (تكملة رد المحتار)

أما إذا رد المبيع للموكل بطريق غير الفسخ فلا تعود وكالة الوكيل.

مثلاً، إذا وكل أحد آخر في هبة ملكه لشخص معين، ثم وهب ذلك المال بنفسه لذلك الشخص وسلمه إياه، ورجع بعد ذلك عن هبته فليس للوكيل أن يهب ذلك المال لذلك الشخص، أنظر شرح المادة (٨٦٤).

وكذا إذا اشترى ما وكل في بيعه من مشتريه، فلا يعود التوكيل لعدم عود قديم الملك، وإنما هو ملك مستأنف (التكملة).

الصورة الثانية ـ تكون بإيفاء الوكيل الأمر الموكل به.

مثلاً، إذا قبض الدين الوكيل بقبض الدين، تنتهي الوكالة وينعزل منها الوكيل (رد المحتار والفيضية)

المادة (١٥٢٧) ـ (ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن إذا تعلق به حق الغير لا ينعزل (راجع المادة ٧٦٠)

ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ولو كان الموكل وصي الصبي وكان الوكيل يجهل وفاة الموكل. لأن التوكيل تصرف غير لازم؛ فكان حكماً ابتدائياً لدوامه، ولا بد لذلك من قيام الأمر فيبطل بموت الموكل (البحر والهندية)[1].

فلذلك لو قبض الدين الوكيل بقبضه بعد وفاة الموكل وهو غير عالم بوفاته لا يبرأ المدين من دينه.

كذلك لو وكل وصي الصبي وكيلاً في الأمور التي يقتدر على التصرف بها من أمور اليتيم ثم توفي انعزل الوكيل، كما أنه ينعزل الوكيل أيضاً بموت الصبي حيث إن الوصي قد وكله في التصرف بمال الصبي وبوفاة الصبي ينتقل الملك إلى ورثته.

والحكم على هذا الوجه فيما إذا كان الموكل ولي الصغير ولا ينعزل الوكيل بوفاة الموكل إذا تعلق حق الغير بها أنظر المادة (٧٦٠).

وعدم انعزال الوكيل بوفاة الموكل بسبب تعلق حق الغير في بعض المسائل

المسألة الأولى، إذا وكل الراهن المرتهن أو العدل ببيع الرهن عند حلول الأجل، ثم توفي الموكل أو جن، لا ينعزل الوكيل (مجمع الأنهر).

المسألة الثانية ـ لا ينعزل الوكيل ببيع المال المباع بيع وفاء بوفاة الموكل، لأن حق المشتري قد تعلق به (رد المحتار).

---

(١) لأن العلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي

لكن في المسألة الآتية ينعزل الوكيل بوفاة الموكل أو بجنونه رغماً عن تعلق حق الغير وهي : لو وكل المدعى عليه وكيلاً للخصومة بطلب المدعى ثم توفي الموكل أو جن انعزل الوكيل، لأنه يتعذر بعد الموت والجنون خصومة الموكل، كما أنه ينتقل الحق المنازع فيه إلى ورثة الموكل وتجدد الخصومة مع خلفه. والوكيل ليس وكيلاً لهذا الخلف (تكملة رد المحتار).

المادة (١٥٢٨) ـ ينعزل وكيل الوكيل أيضاً بموت الموكل (أنظر المادة ١٤٦٦).

أي كما ينعزل الوكيل بموت الموكل ينعزل أيضاً وكيل الوكيل بموته. حيث إن الوكيل الذي وُكل من الوكيل هو وكيل الموكل؛ ولا ينعزل وكيل الوكيل بوفاة الوكيل ولا بعزله.

المادة (١٥٢٩) ـ (الوكالة لا تورث. يعني إذا مات الوكيل يزول حكم الوكالة ولذلك لا يقوم وارث الوكيل مقامه).

إلا أنه إذا مات الوكيل فحق رد المبيع بخيار العيب يكون لوارثه أو لوصيه، وإذا لم يكن له وارث ولا وصي فيكون على رواية للموكل وعلى رواية أخرى لوصي القاضي (مجمع الأنهر).

وكون حق الرد للوارث لا يجعل الوكالة موروثة. لأن حق الرد من الحقوق التي تثبت للوكيل أصالة. أنظر شرح المادة (١٤٦١)

المادة (١٥٣٠) ـ (تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل).

تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل جنوناً مطبقاً، وجنون الموكل يبطل الوكالة، لأن التصرفات الغير لازمة كالتوكيل هي حكم ابتداء لدوام التوكيل، ولا بد من قيام الأمر، وبجنون الموكل يبطل الأمر، كما في المادة (١٥٢٧).

وتبطل الوكالة بجنون الوكيل؛ لأن تصرفات المجنون القولية غير معتبرة، أنظر المادة (٩٦٠). حتى لو أفاق الوكيل من الجنون المطبق لا تعود الوكالة (الدر المنتقى والتكملة) أنظر شرح المادة (١٥٢٦).

كذلك تبطل الوكالة بجنون الوكيل ولو وتعلق بها حق الغير؛ لأن الوكيل لم تبق له أهلية التصرف

أما إذا جن الموكل فتبطل الوكالة إذا لم يتعلق بها حق الغير ولا تبطل إذا تعلق بها حق الغير (رد المحتار) أنظر المادة (١٥٢٧).

والقصد من الجنون الجنون المطبق، لأن الجنون القليل هو بمنزلة الإغماء، فكما لا تبطل

الوكالة بالإغماء لا تبطل أيضاً بالجنون القليل.

ومدة الجنون المطبق شهر كامل عند أبي يوسف، وللإمام أبي حنيفة قول به، وقول محمد هي سنة كاملة، وهو قول أبي حنيفة أيضاً. والقول المختار في حق التصرفات هو قول الإمام محمد لسقوط جميع العبادات فقدر به احتياطاً (تكملة رد المحتار).

لأنه إذا استوعب الجنون السنة كلها تسقط جميع العبادات وحتى الزكاة، وعدم إفاقة المجنون بعد مرور الفصول الأربعة يعلم من استحكام الجنون (مجمع الأنهر وشرح الأشباه للغزي) أنظر شرح المادة (٩٤٤).

تاريخ الإرادة السنية ٢٠ جمادى الأولى سنة ١٢٩١ هجرية

خلاصة الباب الثالث

أحكام الوكالة

الحكم الأول:	للوكيل حق التصرف في الخصوصات التي يشملها التوكيل.
الوكالة بالشراء الفصل الثاني	إذا كانت على الإطلاق تصرف إلى الشراء بالنقود مادة (١٤٨٣) إلا أنه يقتضي معلومية الموكل به بمرتبة تجعل إيفاء الوكالة قابلاً فلذلك يجب على الموكل أن يبين جنس ونوع وثمن الشيء الذي يرغب أن يشتريه الوكيل له مادة (١٤٦٣) وفي المقدرات بيان المقدار أو الثمن مادة (١٤٧٧) ما لم يوكل وكالة عامة ولا حاجة لبيان الوصف. لأن وصف الموكل به يجب أن يكون موافقاً لحالة الموكل المادة (١٤٧٨).
	ليس للوكيل بالشراء أن يشتري لموكله (١) مال نفسه (٢) أو المال الذي باعه موكله (٣) أو مال الذين لا تقبل شهادتهم له (٤) أو مال موكله المغصوب.
الوكالة بالخصومة الفصل الخامس	في الوكالة بالخصومة فيها تعميم أو تخصيص ففي تلك الحالة يجب أولاً بيان الخصم ثانياً بيان المدعى به
	إقرار الوكيل بالخصومة في غير حضور الحاكم باطل وإقراره في حضور الحاكم فيما عدا الحدود والقصاص (للشبهة) صحيح المادة (١٤١٧).
	التوكيل بالخصومة لا يتضمن القبض ولا التوكيل بالصلح مادة (١٥١٩).
	التوكيل باستيفاء عين الحق ليس توكيلاً بالخصومة ألا أن التوكيل بالتملك توكيل بالخصومة.
الوكالة بالبيع: الفصل الثالث:	إذا كانت على الإطلاق فللوكيل بيع مال موكله معجلاً بالثمن الذي يراه مناسباً أو مؤجلاً للمدة المعروفة بين التجار إلا أن البيع بغبن فاحش في بيع الصرف غير جائز بالإجماع.
الوكالة بأداء الدين:	(١) لكي يرجع المأمور بأداء الدين من ماله على آمره يجب وجود أمر المدين. (٢) وجود الدين (٣) تحقيق الإيفاء.
الحكم الثاني:	للوكيل المخالفة مطلقاً في الجنس وله المخالفة في القدر أو الوصف للخير وليس له

المخالفة فيها للشر، فإذا حصل البيع في الأمور التي لا يجوز المخالفة فيها كان البيع موقوفاً أما في الشراء فينفذ في حق الوكيل.

الحكم الثالث: وكالة العقد غير لازمة (مستثنى)

(١) ليس للمدين الراهن عزل وكيله الذي وكله لبيع الرهن بدون رضاء المرتهن (المادة ١٥٢١).

(٢) إذا وكل المدعى عليه بطلب المدعى وفي حضوره وكيلاً للخصومة فليس له عزله في غياب المدعى.

(٣) يجبر الوكيل بالأجرة على إيفاء الوكالة مادتي (١٥٠٤، ١٥١٤)، وتلزم في حق الطرفين (في هذه الصور الثلاث).

(٤) إذا وكل الموكل بالبيع موكله بقبض الثمن بأمر الحاكم فليس له عزله المادة (١٥٠٤).

(٥) إذا وكل المدين بدين معجل دائنه ببيع مال لاستيفاء الدين منه فليس له عزله، وتلزم في حق الموكل (في هاتين الصورتين).

(٦) الوكيل برد العين يجبر على رد العين بعد غياب الموكل.

(٧) إذا كان المأمور مديناً للآمر يجبر على أداء دين آمره وتلزم في حق الوكيل «في هاتين الصورتين»

الحكم الرابع: الوكيل والرسول أمينان على المال الذي في يدهما مادة (١٤٦٣) وشرحها فإذا تلف بلا تعد لا يلزمهما ضمان.

الحكم الخامس: عزل الوكيل (الفصل السادس) يكون عزل الوكيل في الصور الآتية.

(١) يعزل الموكل للوكيل أو باستقالة الوكيل (في الخصوصات التي لا يتعلق بها حق الغير).

بوفاة أو جنون الوكيل أو الموكل مادتي (١٥٢٩ و١٥٣٧)

(٣) بختام الموكل به مادة (١٥٢٦) أو تبدل اسمه مادة (١٤٧٢) وشرحها.

(٤) بتلف نقود الموكل التي في يد الوكيل بالشراء.

(٥) بإقرار الوكيل الغير مأذون بالإقرار في حضور الحاكم.

(٦) ينعزل وكيل الوصي ببلوغ الصبي.

ينعزل

الحكم السادس: ليس لأحد شخصين وكلا في خصوص واحد ان يتصرف أحدهما أنظر المادة «١٤٦٥».

الحكم السابع: يجب على وكيل المملك له أن يضيف العقد إلى موكله في عقود الهبة والإعارة والرهن والإيداع والإقراض والشركة والمضاربة والصلح عن إنكار.

أما وكيل المملك إن شاء أضاف العقد إلى موكله وإن شاء إلى نفسه. إلا أنه لا يشترط في البيع والشراء والإجارة وفي الصلح عن إقرار أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله. فلو أضاف الوكيل العقد لنفسه تثبت الملكية لموكله ولكن تعود حقوق العقد له أنظر شرح المادة «١٤٦١»

تعود حقوق العقد في الرسالة للمرسل إذا اختلف في الوكالة والرسالة والقول لمن يدعى الرسالة.



فهرس كتاب الشركة

المقدمة صفحة

الباب السابع: حق المضاربة

فهرس الكتاب الحادي عشر

الباب الأول أركان الوكالة

الباب الثاني في شرائط الوكالة

الباب الثالث أحكام الوكالة